

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

GUSTAVO GHISLANDI FERREIRA DE SOUZA

**O INÍCIO DA EXECUÇÃO DO CRIME NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Florianópolis - SC

2017

O INÍCIO DA EXECUÇÃO DO CRIME NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Doutor Francisco Bissoli Filho.

Florianópolis – SC

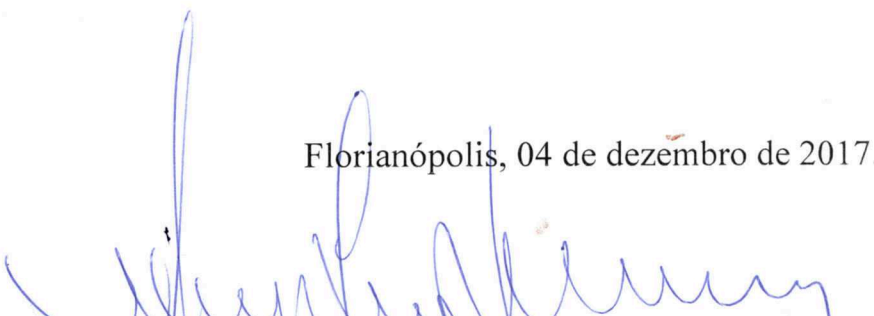
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**O INÍCIO DA EXECUÇÃO DO CRIME NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **GUSTAVO GHISLANDI FERREIRA DE SOUZA**, defendido em **04/12/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

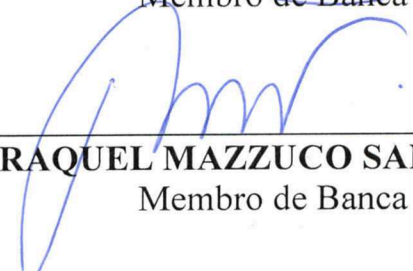
Florianópolis, 04 de dezembro de 2017.



FRANCISCO BISSOLI FILHO
Professor Orientador



BIANCA BEZ GOULART
Membro de Banca



RAQUEL MAZZUCO SANT'ANA
Membro de Banca



LUIZ EDUARDO DIAS CARDOSO
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): GUSTAVO GHISLANDI FERREIRA DE SOUZA

RG: 5.401.937

CPF: 079.274.089-09

Matrícula: 9205024

Título do TCC: O INÍCIO DA EXECUÇÃO DO CRIME NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Orientador(a): FRANCISCO BISSOLI FILHO

Eu, **GUSTAVO GHISLANDI FERREIRA DE SOUZA**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 04 de dezembro de 2017.

Gustavo Ghislândi Ferreira de Souza

GUSTAVO GHISLANDI FERREIRA DE SOUZA

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do professor orientador, da banca examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente ao professor Doutor Francisco Bissoli Filho, por ter me proporcionado a oportunidade de realizar esta monografia sob a sua orientação, apesar das condições em que eu me encontrava. Explicando muito com poucas palavras, auxiliou-me em aspectos básicos sobre a realização de uma pesquisa científica, os quais não encontrei em obra alguma. Ainda, mesmo com seu tratamento firme, não deixou de acreditar em mim, não me abandonando quando eu, em fraqueza, estive disposto a abandonar o esforço da pesquisa. Firme, sábio, altamente prestativo e esforçado, eu não poderia ter tido melhor orientador. Agradeço, ainda, por me fazer voltar a enxergar a importância da disciplina. Somente a sua orientação foi capaz de me fazer manifestar uma pesquisa acadêmica.

Devo também agradecimentos aos meus pais, por terem me dado condições materiais para chegar até aqui. À minha mãe, agradeço por querer o melhor para mim. A meu pai, agradeço pelo exemplo refletido no ditado que lhe dizia o seu avô: “enquanto está parado, carregue pedras”.

Eu não poderia esquecer dos meus professores da graduação, os do tempo da escola e os outros que a vida trouxe nos seus momentos. Sem a soma dos ensinamentos deles, não teria chego até aqui.

Um agradecimento especial também à amizade de Henrique Backes da Rosa, Mauricio Geremias Scotti, Francisco Bissoli Neto e Cristiano Antunes Rech, cada uma especial à sua maneira.

Sem mencionar a todos que vêm à minha mente e coração, agradeço aos meus outros familiares, aos amigos não mencionados, mas que sabem ter tido vivências consideráveis comigo, a todos aqueles que se propuseram a me ajudar na feitura de minha monografia, a todos aqueles que partilharam e partilham momentos comigo. Da luz única que reflete de cada um, deriva uma miríade de cores no caleidoscópio da minha vida.

“Há tempos nem os santos têm ao certo a medida da maldade”
(Há Tempos - Legião Urbana)

SOUZA, Gustavo Ghislandi Ferreira de. O início da execução do crime na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

RESUMO

Este trabalho possui como tema o início da execução do crime e está delimitado às teorias recepcionadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ele pretende responder ao seguinte problema: Quais teorias vêm sendo adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para a determinação do início da execução do crime? Para isso, no primeiro capítulo trata-se da descrição do *iter criminis*; no segundo, das teorias mais conhecidas e relevantes da doutrina acerca do início da execução do crime; e, no terceiro, da demonstração das teorias que vêm sendo adotadas na determinação do início da execução do crime pelo STF e pelo STJ. Concluiu-se que o tanto o STF quanto o STJ foram gradualmente recepcionando as teorias objetivas mais ampliadoras do início da execução, dando preferência à teoria objetivo-individual, seguindo-se da objetivo-material, em detrimento da teoria objetivo-formal, que, no passado, era entendimento predominante.

Palavras-chave: Iter criminis — preparação — preparatórios — execução — executórios — início da execução do crime — teoria objetivo-formal — teoria objetivo-material — teoria objetivo-individual

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. O <i>ITER CRIMINIS</i>.....	12
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	12
2.2 AS FASES INTERNA E EXTERNA DO <i>ITER CRIMINIS</i>	12
2.2.1 A fase interna ou subjetiva.....	14
2.2.1.1 A cogitação.....	15
2.2.1.2 A deliberação.....	17
2.2.1.3 A resolução.....	17
2.2.2 A fase externa ou objetiva.....	18
2.2.2.1 A manifestação.....	18
2.2.2.2 A preparação.....	20
2.2.2.3 A execução.....	22
2.2.2.4 A consumação.....	24
2.3 O EXAURIMENTO.....	28
2.4 A TENTATIVA.....	30
2.5 A DISTINÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E EXECUTÓRIOS.....	34
3. AS TEORIAS RELATIVAS AO INÍCIO DA EXECUÇÃO DO CRIME.....	36
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	36
3.2 AS TEORIAS SUBJETIVAS.....	36
3.2.1 A teoria subjetiva estrita.....	37
3.2.2 A teoria da univocidade.....	40
3.2.3 A teoria sintomática.....	42
3.2.4 A teoria negativista.....	45
3.3 AS TEORIAS OBJETIVAS.....	46
3.3.1 A teoria objetivo-formal.....	47
3.3.2 A teoria objetivo-material.....	48
3.3.3 A teoria objetivo-individual.....	52
4. A JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ RELATIVAS AO INÍCIO DO CRIME.....	56
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	56
4.2 A APLICAÇÃO DAS TEORIAS RELATIVAS AO INÍCIO DA EXECUÇÃO DO CRIME NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.....	57
4.2.1 O <i>Habeas Corpus</i> 81.674/PB (2002).....	57
4.2.2 O <i>Habeas Corpus</i> 122.791/MS (2015).....	59
4.2.3 A síntese da análise sobre a jurisprudência do STF.....	62
4.3 A APLICAÇÃO DAS TEORIAS RELATIVAS AO INÍCIO DA EXECUÇÃO DO CRIME NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.....	63
4.3.1 O <i>Habeas Corpus</i> 16.153/RJ (2001).....	63
4.3.2 O <i>Habeas Corpus</i> 41.621/RJ (2005).....	66
4.3.3 O <i>Habeas Corpus</i> 112.639/RS (2009).....	69
4.3.4 O <i>Habeas Corpus</i> 1.178.317/RS (2010).....	75
4.3.5 O <i>Habeas Corpus</i> 125.315/TO (2012).....	78
4.3.6 O Recurso Especial 1.252.770/RS (2015).....	80

4.3.7 O Conflito de Competência 121.699/AM (2015).....	84
4.3.8 A síntese da análise sobre a jurisprudência do STJ.....	85
5. CONCLUSÃO.....	87
6. REFERÊNCIAS.....	91
7. ANEXOS.....	98
ANEXO A — Acórdão do <i>Habeas Corpus</i> 81.674/PB, do STF.....	99
ANEXO B — Acórdão do <i>Habeas Corpus</i> 122.791/MS, do STF.....	108
ANEXO C — Acórdão do <i>Habeas Corpus</i> 16.153/RJ, do STJ.....	145
ANEXO D — Acórdão do <i>Habeas Corpus</i> 41.621/RJ, do STJ.....	156
ANEXO E — Acórdão do <i>Habeas Corpus</i> 112.639/RS, do STJ.....	165
ANEXO F — Acórdão do <i>Habeas Corpus</i> 1.178.317/RS, do STJ.....	182
ANEXO G — Acórdão do <i>Habeas Corpus</i> 125.315/TO, do STJ.....	191
ANEXO H — Acórdão do Recurso Especial 1.252.770/RS, do STJ.....	206
ANEXO I — Acórdão do Conflito de Competência 121.699/AM, do STJ.....	259

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho possui como tema o início da execução do crime, o qual está delimitado às teorias recepcionadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), entre 1984 e 2017.

A escolha desse tema se justifica por ser tormentoso o debate acerca da distinção entre atos preparatórios e atos executórios, não se tendo ao certo quando inicia a execução do crime. Pode-se interpretar que é quando o agente pratica a ação do verbo nuclear do tipo penal ou quando o agente pratica ação imediatamente anterior ou até mesmo quando o agente pratica uma ação ainda mais distante. Ainda, pode depender do plano do autor, de sua subjetividade ou somente de critérios objetivos, e, por vezes, poderá ocorrer uma mistura de ambos.

Atualmente, é tido como certo que o Código Penal adota a teoria objetiva como critério para a verificação da tentativa. Porém, conforme exemplificado sucintamente no parágrafo anterior, esta teoria possui suas variações e nuances. Variações que são sutis, entretanto com força suficiente para determinar se o destino de um réu é o cárcere ou a liberdade.

Dada a tamanha relevância prática para a verificação do ponto que distingue entre o fim dos atos preparatórios e o início da execução e, portanto, também da tentativa, a realização da presente pesquisa é uma forma de contribuição ao mundo jurídico.

Assim, este trabalho pretende responder ao seguinte problema: Quais teorias vêm sendo adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para a determinação do início da execução do crime?

Por isso, o seu objetivo geral é determinar quais teorias vêm sendo adotadas na determinação do início da execução do crime pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. São objetivos específicos: a) descrever o *iter criminis*; b) descrever as teorias que orientam a fixação do início da execução; e c) demonstrar as teorias adotadas pelo STF e pelo STJ na definição do início da execução do crime.

Como metodologia, utilizar-se-á o método de abordagem indutivo, com os métodos de procedimento descritivo e o argumentativo, e as técnicas de pesquisa a serem utilizadas serão a bibliográfica e jurisprudencial.

No primeiro capítulo, descrever-se-á as fases e etapas que compõem o *iter criminis*; em seguida, far-se-á uma explicação do conceito de exaurimento e de tentativa; e, por último, o capítulo será finalizado com uma seção que tratará da distinção entre a etapa da preparação e a etapa da execução, o que fará a conexão com o capítulo seguinte.

No segundo capítulo, descrever-se-á as teorias mais conhecidas acerca da diferenciação entre atos preparatórios e executórios, ou seja, as teorias que visam determinar o início da execução do crime. Nesse sentido, o capítulo será dividido em duas seções: a primeira tratará das teorias subjetivas; e a segunda tratará das teorias objetivas.

No terceiro capítulo, demonstrar-se-ão as teorias adotadas na jurisprudência do STF e do STJ na definição do início da execução do crime, estando dividido em duas seções, cada qual destinada à análise separada da jurisprudência desses tribunais.

2. O *ITER CRIMINIS*

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para que se possa melhor compreender as teorias mencionadas no segundo capítulo e aplicadas no último capítulo desta obra, neste capítulo descrever-se-ão as fases e etapas que compõem o *iter criminis*; em seguida, far-se-á uma explicação do conceito de exaurimento; outra do conceito de tentativa; e, por último, o capítulo será finalizado com uma seção que tratará da distinção entre a etapa da preparação e a etapa da execução, de modo a conectar este capítulo com o capítulo seguinte.

A primeira seção deste capítulo explica as fases e etapas do *iter criminis*, que está dividido em duas fases: fase interna ou subjetiva e fase externa ou objetiva. A fase interna está subdividida em três etapas: cogitação, deliberação e resolução. Enquanto que a fase externa está subdividida em quatro etapas: manifestação, preparação, execução e consumação.

Após a seção dedicada ao *iter criminis*, advém a seção que trata conceito de exaurimento. Em seguida, a outra seção cuida de explicar o conceito de tentativa. Por fim, a última seção trata da distinção entre preparação e execução. De todas elas não derivam subseções.

2.2 AS FASES INTERNA E EXTERNA DO *ITER CRIMINIS*

O crime, até o momento em que é consumado, perpassa por um caminho. Este caminho é conhecido pela denominação *iter criminis*, que significa o caminho ou itinerário do crime. O *iter criminis* é o conjunto ou a realização pelo delinquente de “[...] uma série de atos, que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento da conduta criminosa[...]”. (BARROS, 2009, p. 277)

Nas palavras de Bitencourt (2010, p. 465):

[...] Há um caminho que o crime percorre, desde o momento em que germina, como ideia, no espírito do agente, até aquele em que se consuma no ato final. A esse itinerário percorrido pelo crime, desde o momento da concepção até aquele em que ocorre a consumação, chama-se *iter criminis*. [...]

Em adição, Leal (1991, p. 211) explica que o *iter criminis* é o “[...] itinerário subjetivo-objetivo percorrido pelo autor da conduta proibida [...]”, sendo ele um processo de realização do tipo penal que se constitui de “[...] determinadas fases ou etapas que, na prática, nem sempre podem ser claramente identificadas [...]”

Assim como Leal, muitos autores (tais como Nelson Hungria, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Magalhães Noronha, André Estefam, Luiz Regis Prado, entre outros) preferem dividir o caminho do crime em quatro etapas: a cogitação, os atos preparatórios, os atos executórios e a consumação. Sendo que a etapa da cogitação compõe a fase interna ou subjetiva, e as etapas restantes compõem a fase externa ou objetiva.

Faz-se ressalva para o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, que divide o *iter criminis* também em duas fases, a fase interna e a externa (tal concepção é uníssona na doutrina). Porém, ele subdivide a fase interna em mais duas etapas: a etapa da deliberação e a etapa da resolução. Na primeira, o agente faz um sopesamento, uma estimativa sobre os prós e contras das consequências de dar prosseguimento e exteriorização aos pensamentos criminosos; na outra etapa, o agente decide, resolve se vai dar prosseguimento à exteriorização ou não daqueles pensamentos criminosos.

Sob essa ótica, a fase interna é subdivida nas etapas da cogitação, deliberação e resolução. Já a fase externa subdivide-se nas etapas da manifestação, preparação, execução e consumação. Após esta última etapa, pode ocorrer o exaurimento, que, a depender da interpretação, pode ser incluído no caminho do crime ou não.

A fase interna é a fase subjetiva, tudo o que ocorre nesta fase é somente um processo interno do agente. Nela, as ações não são exteriorizadas, elas passam-se somente na mente do agente. Esta fase não é punível.

Enquanto que a fase externa é a fase objetiva, na qual os atos são atos exteriorizados. É quando são feitas ações que produzem alguma modificação no mundo exterior. A depender do tipo de delito, os atos nesta fase já podem ser puníveis.

Conforme assevera Greco (2017, p. 324): “o *iter criminis* é um instituto jurídico destinado aos crimes dolosos, e não aos culposos. Não se cogita, não se prepara e não se executa um crime culposos, mas tão somente um delito doloso.” Ou seja, não se pode planejar algo que não seja querido, o planejamento requer intenção, dolo. Portanto, o *iter criminis* é aplicável somente aos crimes dolosos.

Em resumo, o *iter criminis* é o conjunto de etapas ou ações que se sucedem cronologicamente no sentido da realização da consumação de um crime doloso, abrangendo desde a cogitação, que é a mera ideação do fato delituoso, até o momento da consumação do crime. É, assim, composto de duas fases, uma interna e outra externa, sendo a primeira subdivida em cogitação, deliberação e resolução; e a segunda subdividida em manifestação, preparação, execução e consumação.

Visto isso, passa-se a esmiuçar melhor os conceitos.

2.2.1 A fase interna ou subjetiva

Na fase interna é onde tem-se o início do caminho do crime. Em bela síntese, Bruno (1984, p. 229) argumenta sobre o processo interno do *iter criminis*:

Como em todo ato humano voluntário, no crime a idéia precede a ação. É no pensamento do homem que se inicia o movimento delituoso, e a sua primeira fase é a ideação e resolução criminosa. São os atos internos, durante os quais, no espírito do agente, surge a idéia do fato punível, toma forma, debate-se no meio de motivos favoráveis ou contrários, desenvolve-se até a deliberação e propósito final, isto é, até que se firma a vontade cuja realização objetiva vai constituir o crime.

Nesse momento puramente mental da evolução do fato criminoso, a lei penal não pode alcançá-lo. A *nuda cogitatio* é impune. [...]

Em complementação, conforme Costa Júnior (2010, p. 134), a fase interna não pode ser objeto de punição pois *Pensiero non paga gabella* (pensamento não paga imposto), *Solus Deus est cordium scrutator* (só Deus pode auscultar o coração) e *De internis non curat praetor* (das coisas internas não cuida o pretor).

Da mesma maneira, Nucci (2013b, p. 188-189), resgatando as lições de Ulpiano, afirma que:

[...] Tendo em vista que a fase interna não é exteriorizada, logicamente não é punida, pois *cogitationis poenam nemo patitur* (ninguém pode ser punido

por seus pensamentos), conforme já proclamava Ulpiano (Digesto, lib. XLVIII, título 19, lei 18) [...].

A fase interna, portanto, engloba tudo aquilo que permanece no íntimo do agente, sem tomar forma exterior, sendo o que ocorre somente no plano mental, interno. É o momento da *cogitatio*, onde a consciência do agente é tomada por ideias sobre as quais ele terá de deliberar e resolver a respeito. É uma fase que não é punível. Vigor nela o princípio de Ulpiano (*cogitationis poenam nemo patitur*).

Em quase toda a doutrina, a fase interna confunde-se com a etapa da cogitação. A fase interna ou fase subjetiva divide-se em cogitação, deliberação e resolução.

2.2.1.1 A cogitação

Cogitação, em sentido amplo, é a etapa que compõe e se confunde com a fase interna. A cogitação é o momento em que o agente tem a ideia sobre cometer o crime. Nesse sentido amplo, inclui-se nela todos os momentos que se passam exclusivamente na subjetividade, no plano mental do agente. Isso inclui, portanto: o momento em que a ideia de cometer o crime passa pela consciência do agente, que seria a cogitação em um sentido estrito; o momento em que o agente sopesa os prós e contras a respeito do possível cometimento da atividade criminosa idealizada, sendo este o momento da deliberação; e, por último, o momento em que o agente decide efetivamente cometer o delito (ainda permanecendo exclusivamente no plano subjetivo), que é o momento da resolução.

Conforme Barros (2009, p. 277):

É na fase da cogitação que se forma na mente do agente a ideia de cometer o delito. A cogitação processa-se inteiramente na esfera do pensamento do homem, não se traduzindo em atos exteriores. É, pois, uma fase exclusivamente interna (subjetiva), não merecendo por isso a preocupação do legislador.

Assim, percebe-se que a cogitação é uma etapa totalmente subjetiva. Nela, o pensamento, tudo aquilo que se passa na mente (subjetividade) do agente, não é posto em prática, não é transformado em atos externos (objetivos).

Estefam (2010, p. 234), sobre este assunto, lembra que “[...] um dos elementos do fato típico é a conduta, que pressupõe exteriorização do pensamento [...]”. Ou seja, não há conduta, propriamente dita, que se realize somente no plano mental, da ideação. A conduta é sempre um ato exteriorizado, objetivo.

E, dando prosseguimento a essa linha de raciocínio, Estefam (2010, p. 234) afirma que:

[...] Enquanto a ideia criminosa não ultrapassar a esfera mental, por pior que seja, não se poderá censurar criminalmente o ato. Se uma pessoa, em momento de ira, deseja conscientemente matar seu desafeto, mas nada faz nesse sentido, acalmando-se após, para o Direito Penal a ideação será considerada irrelevante. Pode-se falar, obviamente, em reprovar o ato do ponto de vista moral ou religioso, nunca porém à luz do Direito Penal.

Isso esclarece que a cogitação, por si mesma, sem ser transformada em atos exteriores, sem ser objetivada, não possui qualquer relevância para o Direito Penal, por mais reprovável que seja sob um ponto de vista moral ou religioso. Essa é a ótica que se traduz no brocardo jurídico *cogitationis poenam nemo patitur*.

Conclui-se com as palavras de Dotti (2013, p. 434), que afirma que “o Direito Penal, fundado na existência de um fato típico, ilícito e culpável, rejeita a incriminação da vontade. Somente os regimes autoritários perseguem o pensamento e as convicções humanas.”

Certo, portanto, que a mera cogitação não é punível. Entretanto, adverte, na sequência, que:

No entanto, uma vez praticado o crime, a cogitação é examinada pelo juiz para estabelecer a pena adequada ao fato, declarando que a culpabilidade é mais ou menos reprovável em função da atitude psicológica do autor. [...] (DOTTI, 2013, p. 434)

Isso continua a significar que a mera cogitação por si mesma é impunível. Porém, caso esses atos, que até então eram meramente subjetivos, se transformem em atos objetivos, em sendo atos puníveis pelo Direito, será, então, a etapa subjetiva analisada no juízo de determinação da culpabilidade.

Em síntese, a etapa da cogitação é, em sentido amplo, todo o momento exclusivamente subjetivo do *iter criminis*, que se dá antes das etapas objetivas. Incluem-se na etapa da cogitação (em sentido amplo), o momento da cogitação em

sentido estrito, que é o momento em que a ideia do crime perpassa a consciência do agente; a etapa da deliberação, que é o momento seguinte, no qual o agente sopesa, delibera entre os prós e contras acerca do prosseguimento ou não no sentido do cometimento da ideia criminosa; e também inclui o momento da resolução, no qual o agente decide-se por dar prosseguimento à ideação criminosa de modo a realizá-la concretamente no futuro. Por fazer parte da fase interna, a cogitação em sentido estrito não é punível.

2.2.1.2 A deliberação

Após a ideia surgir na mente, o agente é obrigado fazer uma escolha diante de si. Mas para isso, ele deverá sopesar acerca dos prós e contras do cometimento ou não cometimento daquele crime que irrompeu à sua mente. A esse ato de ponderação é o que se chama de deliberação.

Segundo Nucci (2013a, p. 341): “deliberação, trata-se do momento em que o agente pondera os prós e contras da atividade criminosa idealizada.”

Assim, a etapa da deliberação é o momento em que o agente avalia os prós e contras acerca de cometer ou não o desígnio criminoso que irrompeu à sua mente.

Após feitas as avaliações acerca do custo-benefício de cometer o crime, o agente deverá resolver, decidindo para um dos lados de seu conflito interno. O que o levará à outra etapa da fase interna, a resolução. Da mesma forma que a cogitação em sentido estrito, por fazer parte da fase interna, a deliberação não é punível.

2.2.1.3 A resolução

Se o agente, após deliberar a respeito dos prós e contras de prosseguir com a ideação criminosa no sentido de exteriorizá-la, resolver que vale a pena cometer o crime, então ele chegou a etapa da resolução.

Conforme Nucci (2013a, p. 341), a resolução “cuida do instante em que o agente decide efetivamente, praticar o delito.”

Dessa forma, a resolução é o momento em que o agente efetivamente decide cometer o delito que estava sendo deliberado em sua mente.

Esta é a última etapa da fase interna. Assim, ao decidir por cometer o crime, o agente prosseguirá a uma etapa que se constitua em atos objetivos, adentrando na fase externa. Da mesma forma que a cogitação em sentido estrito e que a deliberação, por fazer parte da fase interna do *iter criminis*, a resolução não é punível.

2.2.2 A fase externa ou objetiva

A fase externa é a fase em que o agente manifesta objetivamente a resolução tida dentro da fase interna. É, assim, composta pelos atos exteriores do agente que se dirigem no sentido da consumação criminosa. Nessa perspectiva, todo ato manifestado externamente que for movido pelo desígnio criminoso é um ato que está inserido na fase externa.

Diferentemente da fase interna, onde os atos ainda não podem (não devem) ser puníveis, na fase externa, os atos já podem ser puníveis, não importando em qual etapa se encontrem.

A fase externa é ou pode ser, em sua totalidade, composta das etapas da manifestação, preparação, execução e consumação. Porém, não há necessidade de que todas elas aconteçam para que a fase externa seja tida por iniciada ou mesmo concluída. Sendo que quanto mais inicial a etapa, mais suprimível ela será.

2.2.2.1 A manifestação

Após a resolução em sentido do cometimento do crime, tem-se a possibilidade de haver a etapa da manifestação.

A manifestação, segundo Nucci (2013a, p. 341), “[...] é o momento em que o agente proclama a quem queira e possa ouvir a resolução. [...]”. É o “expressar por palavras o decidido”. (NUCCI, 2013c, p. 122)

Já Zaffaroni e Pierrangeli (2010, p. 18) comentam que:

A manifestação da vontade do agente através da palavra ou de outro meio simbólico também não é típica, porque a tipicidade proíbe um grau do *iter criminis* que não surja normalmente, representado exclusivamente pela palavra. Neste sentido, o velho princípio liberal nem sempre foi bem

compreendido, porque, às vezes, estima-se que a palavra não pode atingir o campo da proibição típica e nem nela entrar. Isto é irreal, porque o meio de execução de certos delitos é exatamente a palavra (crimes contra a honra, por exemplo).

Desse modo, na etapa de manifestação, o agente não mais permanece somente no campo da subjetividade, mas manifesta-se, efetivamente, a outrem de modo objetivo, seja por meio de palavras ou outro meio simbólico, de modo a fazer-se ser entendido em suas pretensões.

De acordo com Ferri, existem formas de manifestação, sendo que nem todas elas se enquadram na classificação do *iter criminis*. Assim, sobre a manifestação do pensamento criminoso, Ferri (1998, p. 481-482) diz que ela pode ser:

[...] ou somente uma simples e inofensiva confissão e narração de coisa já passada e portanto sem nenhum propósito de lhe dar seguimento; ou uma jactância ou vanglória, mais ou menos séria, ou um préanúncio de crime, mais ou menos atendível, segundo as circunstâncias do fato e a personalidade de quem o exprime; ou a consumação de um verdadeiro e próprio crime, consistindo unicamente em palavras, como a injúria, a ameaça, a instigação, o mandato, a corrupção, o ultraje, etc.; ou o início de uma série de atos tendentes à consumação de um crime.

Conforme visto no parágrafo acima, o agente pode então confessar ou narrar um evento passado, o que, segundo Ferri, nada interessa ao Direito, pois não constitui agressão à ordem jurídica; pode também o agente vangloriar-se ou pré-anunciar um crime, que seja razoavelmente passível de se concretizar, segundo o contexto fático, incluindo a personalidade de quem assim se expressa, o que, segundo Ferri, é algo que deve interessar à polícia de segurança, “[...] porque muito frequentemente tanto o delinquente instintivo, como o delinquente passional e até o louco fazem propalações antecipadas dos seus propósitos criminosos, que mais tarde realizam [...]” (FERRI, 1998, p. 482) — provavelmente para que atue de forma a fazer maior monitoramento preventivo, visto que Ferri adota posicionamento mais positivista; ou pode a própria manifestação ser a consumação de um crime, o que, segundo Ferri, já diz respeito diretamente à repressão penal, posto que o crime já se realizou; ou, pode, então, a manifestação ter em vista o *iter criminis*, na forma de atos que se sucedem temporalmente no sentido da consumação de um crime, mas ainda não sejam considerados como delituosos.

Neste último caso, pode-se entender, talvez, como exemplo, uma narrativa que o agente faça descrevendo o modo que pretende atuar. Assim, em um homicídio ele alega que irá adquirir uma arma, que irá emboscar a pretensa vítima de tal modo e executá-la de tal maneira. Isso pode ser mera expressão de desejo sem força suficiente para realizar-se, o que, não sendo esta manifestação um crime por si mesma, será tomada por impunível, ou, pode, então, ser a etapa prévia das etapas seguintes constituintes do caminho do crime almejado, da mesma forma, um ato ainda não punível, posto que incomensuráveis as derivações causais futuras.

Em síntese, a manifestação, no *iter criminis*, é a etapa em que o agente exprime por palavras ou outros meios simbólicos, de modo objetivo, os seus desígnios criminosos já cogitados, deliberados e resolvidos. É uma etapa que, no *iter criminis*, costuma ou que pode vir antes da etapa da preparação.

2.2.2.2 A preparação

A preparação ou atos preparatórios, caso não haja antes alguma manifestação, é a etapa seguinte à resolução criminosa no *iter criminis*, quando o agente principia atos no mundo físico no sentido da execução e consumação do crime.

Segundo Nucci (2013a, p. 341; 2013c, p. 122,129), a preparação é a etapa em que a ideia do crime começa se materializar no sentido da realização criminosa. São atos prévios aos atos executórios, não sendo ainda suficientes para atingir a consumação criminosa.

Leal (2004, p. 264) considera que os atos preparatórios “[...] são as ações prévias e necessárias, realizadas pelo agente com o objetivo de facilitar e tornar possível a execução do crime [...]”.

No mesmo sentido, Greco (2017, p. 358) afirma que o momento dos atos preparatórios é aquele em que o agente “[...] seleciona os meios aptos a chegar ao resultado por ele pretendido, procura o lugar mais apropriado à realização de seus atos, enfim, prepara-se para que possa, efetivamente, ingressar na terceira fase do

iter criminis”, a execução. — Notadamente, Greco não considera a manifestação como etapa do *iter criminis*.

Também Dotti (2013, p. 434) afirma que “os atos preparatórios constituem atividades materiais ou morais de organização prévia dos meios ou instrumentos para o cometimento do crime. [...]”. São atos como a aquisição ou o municiamento de uma arma ou a espera da vítima para atacá-la em emboscada, por exemplo.

Barros (2009, p. 278) explica não haver a possibilidade de crime nos atos preparatórios, pois a tentativa depende da realização de atos executórios.

É regra geral que a punibilidade do *iter criminis* tenha início somente na etapa de execução, por serem atípicos os atos preparatórios, apesar de o legislador, às vezes, quebrar a regra, ao transformar esses atos em tipos penais especiais. (ZAFFARONI, 2010, p. 18)

Nesse sentido, Hungria (1978, p. 76) assevera que:

Se o indivíduo passa da *nuda cogitatio* aos atos preparatórios, e estes representam, em si mesmos, uma ameaça à ordem jurídica, já então a lei do Estado pode intervir, tornando punível a atuação da vontade, mas entenda-se: punível *por si mesma*, e nunca *por extensão da punibilidade do crime planejado*. [...]

Destarte, os atos preparatórios só podem ser puníveis se tipificados, não podendo ser puníveis por extensão da punibilidade tratando-os como atos executórios, pois “[...] de outro modo estaria sendo confundido o aparelhamento de materiais para uma obra com a própria obra. [...]” (HUNGRIA, 1978, p. 76)

Os atos preparatórios são impuníveis de tal forma que “[...] ainda que o agente seja impedido de prosseguir por motivos estranhos à sua vontade, quando estava firmemente decidido a continuar, não há falar em tentativa.” (JUNQUEIRA, 2014, p. 320)

Exemplo cristalino sobre a criminalização de atos preparatórios de modo autônomo é o de Rogério Greco (2017, p. 360), ao mencionar a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, que assim prescreve:

Art. 5º. Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena – a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

Entretanto, Fragoso (2003, p. 298) alerta que punir os atos preparatórios é algo perigoso, pois “[...] torna incertos os limites da ilicitude [...]”, principalmente quando a lei não define o que se devem entender como atos preparatórios, como no caso da Lei de Segurança (Lei nº 7.170, de 14.12.1983) no seu art. 15, § 2º, que pune os atos preparatórios do crime de sabotagem.

Para além desses casos mencionados, um exemplo muito apontado na doutrina sobre atos preparatórios tipificados é o crime de petrechos para falsificação de moeda (art. 291, do CP), que são atos preparatórios da falsificação de moeda ou até mesmo da sua circulação.

Em conclusão, a etapa dos atos preparatórios, como parte da fase objetiva do *iter criminis*, é aquela em que o agente, por meio de atos externos, faz as preparações necessárias para iniciar a execução do delito, sem as quais, a execução criminosa ficaria prejudicada. São atos impuníveis. E, caso sejam puníveis, é por terem sido tipificados penalmente, o que os tornaria, neste sentido, atos de consumação criminosa. No *iter criminis*, a etapa dos atos preparatórios é a etapa que antecede à etapa dos atos executórios.

2.2.2.3 A execução

No *iter criminis*, a etapa da execução ou dos atos executórios é a etapa seguinte à etapa dos atos preparatórios. Os atos executórios são também etapa anterior à etapa consumativa do crime. Desse modo, no *iter criminis*, a etapa da execução criminosa reside entre a etapa da preparação e a etapa da consumação.

Para além dos atos preparatórios, Estefam (2010, p. 235) lembra que “[...] enquanto os atos preparatórios são, como regra, penalmente irrelevantes, os atos executórios são penalmente típicos (CP, art. 14, II)”. Ou seja, a etapa dos atos executórios é sempre uma etapa punível.

É somente dentro desta etapa que podem se dar os atos de tentativa, os quais serão melhor explanados em seção própria neste capítulo, mais adiante.

Leal (1991, p. 212-213) explica acerca dos atos executórios que:

Ultrapassadas as fases da cogitação e da preparação, o sujeito ativo passará à execução. Esta se configura juridicamente no momento em que aquele começa a realização do tipo penal voluntariamente desejado. Realizar o tipo penal de homicídio significa praticar atos objetivamente manifestados, capazes de causar a morte de alguém e que só não ocorrerá se uma causa alheia o impedir. Da mesma forma existe ato executório de furto quando o agente praticar atos de subtração.

Disso, depreende-se que os atos executórios não somente são atos objetivos, como os atos de manifestação e os atos preparatórios, como também são aqueles atos capazes de gerar o resultado do núcleo do tipo, mas que ainda podem ser interrompidos de modo a evitar a consumação.

Acerca dos atos executórios, Reale Júnior (2009, p. 280-281) explana que:

O agente, ao vislumbrar um determinado fim que se põe como motivo do agir, equaciona os meios adequados e idôneos a sua consecução. Ao traduzir em atos a sua intenção, através da utilização dos meios idôneos, o processo executivo é potencialmente causa perfeita do fim que se busca. [...]

Assim, os atos executórios são potencialmente causa perfeita do fim (crime) que se busca.

Para Nucci (2013a, p. 341-342), a execução:

[...] é a fase de realização da conduta designada pelo núcleo da figura típica, constituída, como regra, de atos idôneos e unívocos para chegar ao resultado, mas também daqueles que representarem atos imediatamente anteriores a estes, desde que tenha certeza do plano concreto do autor. Exemplo: comprar um revólver para matar a vítima é apenas a preparação do crime de homicídio, embora dar tiros na direção do ofendido signifique atos idôneos para chegar ao núcleo da figura típica “matar”.

Cabe ressaltar que, assim como Nucci, muitos autores, ao mencionarem que os atos executórios são idôneos, afirmam também que os atos executórios são unívocos. Nesta obra, entretanto, tal assunto é reservado a seção do segundo capítulo, posto que o caráter de univocidade é uma das teorias existentes que auxiliam no esforço de diferenciação entre atos executórios e atos preparatórios. Aqui, por mais difícilima que seja a tarefa, busca-se um conceito de atos executórios

que permita a adequação de todas as teorias mencionadas no segundo capítulo de modo que elas adentrem nos limites conceituais da etapa dos atos executórios, sem que este conceito perca suas características peculiares que permitam a sua distinção das outras etapas do *iter criminis*. A mesma ressalva vale para as questões relativas ao “plano concreto do autor” e aos “atos imediatamente anteriores a estes” mencionadas na citação retro transcrita, visto que isso são referências indiretas também a teorias que serão abordadas no segundo capítulo desta obra.

Felizmente, extrai-se de Nucci (2013c, p.122) outra conceituação dos atos executórios. Ele afirma que os atos executórios são aqueles que exteriorizam, por atos capazes de gerar o resultado, a vontade criminosa. Ou seja, “[...] a pratica de atos idôneos e suficientes para atingir a consumação [...]” (NUCCI, 2013c, p. 129).

Resulta certo, então, que uma característica marcante dos atos executórios é a idoneidade. Ou seja, nesta etapa as ações possuem o potencial de causar o resultado consumativo do crime. Em que exemplo clássico é o potencial de causar o resultado morte no crime de homicídio, que consiste na ação (verbo típico) de “matar”.

Deriva assim, em outras palavras, que os atos com potencial de causar a consumação do crime delineiam uma característica da etapa dos atos executórios, a qual compreende-se pelo nome de idoneidade.

Em síntese, a etapa dos atos executórios é uma etapa sempre passível de punição, que se constitui de atos idôneos, tendo assim o potencial de causar o resultado consumativo do crime. Lembrando que somente na etapa dos atos executórios são possíveis os atos de tentativa. Para fins de localização no *iter criminis*, a etapa dos atos executórios encontra-se entre a etapa dos atos preparatórios e a etapa da consumação, sendo posterior à etapa dos atos preparatórios e anterior à etapa da consumação.

2.2.2.4 A consumação

Caso os atos executórios não sejam interrompidos, realizar-se-á a etapa seguinte, que é a da consumação do crime.

O atual Código Penal, no seu art. 14, inc. I, possui a seguinte definição de crime consumado: “Diz-se o crime: consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”.

Conforme Reale Júnior (2000, p. 193), “o art 14, item I, do CP, diz respeito à exigência de adequação típica, como requisito primordial para a caracterização de um crime.” E eis que prossegue:

O art. 14, item I, do CP, constitui a normatização da tipicidade, como técnica do direito, e o reconhecimento de que o modelo jurídico compõe-se, de modo integrado, de diversos elementos, aos quais a ação delituosa deve atender a fim de se considerar consumado o crime, isto é, típica a ação.

Assim, o atual Código Penal reconhece o crime como a ação subsumida ao tipo legal, que é quando esta ação se manifesta de modo que todos os elementos descritos no tipo legal de determinado crime sejam manifestados conforme o expressado no tipo legal, atrelando o fato à hipótese (tipo penal). O tipo penal é mera representação hipotética de um possível fato, que, quando é manifestado em conformidade à hipótese (tipo penal), torna-se subsumido ao tipo penal, significando, assim, que o crime foi consumado. A subsunção do fato ao tipo penal, portanto, confunde-se com a consumação do crime. Assim, o fato (ato) que é realizado conforme a descrição do tipo penal é fato subsumido, fato consumado.

O conceito de subsunção também pode ser compreendido como ato do intérprete que justapõe o fato concreto, reduzido em seus elementos essenciais (característica da subsunção), ao conceito de uma espécie de crime descrito na norma penal. (REALE JÚNIOR. 2000, p. 193)

Segundo Rudolf (*apud* ZAFFARONI, 2010, p. 27): “A consumação pressupõe a completa realização do tipo penal. Só que da configuração do respectivo tipo depende a fixação da medida que o autor realizou a sua resolução criminosa para o cometimento de um delito consumado.”

Isso significa que a consumação do crime é dependente do grau de realização fática pelo agente em conformidade com o tipo legal. Quando esta realização fática preenche em equivalência todas as características necessárias relativas ao tipo específico penal, considera-se o crime consumado.

Dessa forma, o “crime consumado é a ação inteiramente adequada ao tipo penal, em todos os seus aspectos, objetivo e subjetivo. O consumado para o legislador é o típico.” (REALE JÚNIOR, 2000, p. 191)

Reale Júnior (2000, p. 191) também explana acerca do momento da consumação:

O conceito de consumação, sem dúvida, deduz-se da descrição constante da figura penal, podendo o legislador antecipar a consumação a momento anterior [...] ao da efetiva lesão ao bem jurídico que se visa a tutelar. A maior parte das figuras penais, no entanto, reproduz em abstrato um comportamento em seu integral desenvolvimento, procurando corresponder o quanto mais às notas características essenciais daquela modalidade de conduta, não se antecipando ou estendendo o momento consumativo, que decorre da própria natureza da ação incriminada.

Em sentido semelhante, o doutrinador alemão Liszt (2003, p. 313) afirma que:

Consuma-se o crime, quando é praticada a ação que a lei incrimina, e especialmente quando se produz o resultado que a lei considera como parte integrante desse crime. O momento da consumação determina-se, pois, em relação a cada crime, segundo o direito vigente, que nem sempre considera como circunstância reguladora a produção do mal próprio do delito e não raro se ressenta da falta de clareza e de lógica. Assim, o momento da consumação não é o mesmo no furto [...] e no desvio [...], ou na moeda falsa [...] e na falsificação de documento [...].

Dessarte, o momento da consumação varia conforme cada crime, conforme aquilo que o tipo legal especifica como elemento necessário à total realização do tipo legal.

De modo sucinto, Prado (2010, p. 419), utilizando-se dos ensinamentos de Cury Úrzua, acerca do momento da consumação do crime, assevera que “[...] dá-se a consumação delitiva quando o autor realizou toda a conduta descrita no tipo de injusto, provocando, ainda, o resultado, quando este for por aquele exigido. [...]”

O momento da consumação, nos crimes formais e nos de mera conduta — estes se diferenciam dos formais por serem considerados não produtores de resultado —, a mera realização da conduta do tipo penal é suficiente para a completa realização do tipo penal, sendo irrelevante o resultado para a consumação; enquanto que nos crimes materiais (de resultado), além da conduta, o resultado também se faz necessário como elemento de completude da realização do tipo penal.

Exemplo de crime material é o ato de matar alguém (art. 121, do CP), que pode ocorrer por meio de um golpe letal que leve a vítima a óbito somente horas após o desferimento do golpe; assim, o momento consumativo deste crime é considerado o óbito, que é o resultado naturalístico, que, neste caso, está distanciado temporalmente do último ato de execução do agente.

Em breve abordagem, não exaustiva, transcreve-se de Queiroz (2016, p. 303) os momentos consumativos de algumas espécies de crimes:

Nos **crimes materiais**, a consumação ocorre com a realização do resultado típico. Assim, homicídio consuma-se com a morte da vítima; o furto, com a efetiva subtração da coisa. Já nos **formais** (de consumação antecipada), a consumação dá-se com a realização da ação típica, pouco importando o resultado. Assim, a concussão (CP, art. 316), cuja consumação ocorre com o só fato de o funcionário público exigir vantagem indevida, independentemente da efetiva obtenção dessa vantagem. Nos **crimes de mera conduta ou de simples atividade**, em que o tipo penal não alude a nenhum resultado (crimes sem resultado), a consumação se dá com a realização da conduta incriminada, tal como ocorre com a violação de domicílio (CP, art. 150). Nos **crimes culposos**, a consumação dá-se com o resultado naturalístico; nos **omissivos próprios**, com a respectiva omissão do dever legal; nos **omissivos impróprios** (crime material) com a produção do resultado lesivo; nos **permanentes**, a consumação se estende no tempo enquanto se mantém a violação ao bem jurídico por decisão do agente; e nos **habituais**, quando houver reiteração de atos capazes de configurar a habitualidade, já que os atos isolados ou eventuais não são suficientes a consumação; e por fim, nos **continuados**, em princípio cada crime se consuma autonomamente, mesmo porque constitui um curso material de crimes tratado como se constitui crime único. (grifo nosso)

Saliente-se que a ocorrência da consumação “[...] torna inviáveis tanto a desistência voluntária (de prosseguir na execução) como o arrependimento eficaz (de voltar ao *status quo ante*). Tais condutas poderão somente influir na individualização da pena.” (DOTTI, 2013, p. 435)

O crime consumado também “[...] denomina-se de delito perfeito, pois a figura criminosa realiza-se por inteiro, contrapondo-se, destarte, à tentativa, delito imperfeito que realiza apenas uma parcela dos elementos do tipo legal” (BARROS, 2009, p. 272)

Em síntese, “os tipos legais descrevem crimes em estado de consumação, caracterizados pela presença de todos os elementos constitutivos do fato criminoso [...]” (SANTOS, 2000, p. 304). Ou seja, “[...] Desde que o fato reúna todos os elementos do ‘tipo legal’, o crime está consumado [...]” (HUNGRIA, 1978, p. 74). Em

outras palavras, é o momento em que o agente perfaz todos os elementos definidores do tipo penal.

Para muitos autores, é na etapa da consumação que se conclui o *iter criminis*. Ou seja, é o fim de todo o caminho percorrido pelo agente até a realização criminosa. Porém, isso não significa necessariamente o fim dos propósitos do agente que percorreu todo o caminho do crime, pois é possível que ainda haja o que é conhecido por exaurimento.

2.3 O EXAURIMENTO

Consumado o crime, não necessariamente consumaram-se os propósitos últimos do agente criminoso. Nesse sentido, visando mais ao propósito do agente criminoso do que ao propósito típico normativo penal, advém o conceito de exaurimento. É o que ensinam Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 28), inspirados em Ottorino Vannini, ao afirmar que:

[...] nem sempre a realização de todos os requisitos típicos importa tenha o autor já logrado a finalidade a que se propunha, mas sim, frequentemente, esta se estende mais além no tempo, pela vontade criminosa do autor. Desta forma, é frequente distanciarem-se no tempo a consumação formal e o exaurimento material, dando lugar a um período em que o delito se encontra consumado, mas não exaurido. [...]

De modo mais preciso, Queiroz (2016, p. 303), afirmando que a doutrina faz a distinção entre consumação formal e consumação material, assevera que a consumação é “[...] um conceito formal, pois é a completa realização do tipo. [...]” Entretanto, esta consumação nem sempre coincide com o propósito final do autor. A este propósito último, quando realizado, denomina-se exaurimento, que é a consumação material. O exaurimento pode se distanciar ou se confundir com a consumação formal, porém o exaurimento sempre terá a consumação formal como fato pressuposto necessário. Ou seja, se houve a consumação material, é certo que é houve também a consumação formal.

No mesmo sentido, Muñoz Conde (1988, p. 179) explana que a consumação material ou exaurimento do delito, é quando o autor, para além da realização de todos os elementos típicos do delito, satisfaz também a intenção que perseguia,

podendo ser o receber a herança do parente morto pelo autor, o recebimento do resgate de um sequestro, etc.

De modo distinto ou, talvez, complementar, para o doutrinador português Dias (2007, p. 686), a consumação material “dá-se apenas com a realização completa do conteúdo do ilícito em vista do qual foi erigida a incriminação [...]”. Ele assim entende porque, para ele, “[...] a lei considera como consumados delitos que, em perspectiva substancial, não passam de delitos tentados. [...]” E isso torna indispensável a distinção entre consumação formal e material. Assim, quando um crime é considerado consumado pela lei (tipificado) antes da consumação substancial, ou seja, antes de atingir a sua conclusão sob o ponto de vista do agente criminoso, em que o agente toma por terminado projeto e percurso criminoso, ele é, sob a ótica substancial, uma tentativa. Exemplo: em um sequestro consumado formalmente sem o recebimento do dinheiro do resgate, o agente “tentou” receber o dinheiro por meio de sequestro. Sua finalidade criminosa de receber um dinheiro ilícito mediante sequestro não restou consumada, entretanto, para a lei, ele já consumou um crime. Ou seja, para o agente o crime resultou incompleto, já para a lei ele foi consumado. Por isso a diferenciação entre consumação formal e consumação material.

Dessarte, é possível afirmar que o exaurimento é quando o agente alcançou tudo quanto se propusera. (HUNGRIA, 1978, p. 74)

No desenvolver até aqui, percebe-se a importância da intenção, da subjetividade do agente para fins de constatação do exaurimento ou consumação material. A determinação do exaurimento é, assim, completamente dependente do intento do agente criminoso.

Para muitos doutrinadores, o exaurimento não é etapa ou não compõe o *iter criminis*. Sob um ponto de vista da consumação formal, eles podem estar certos, porém, ainda assim, “em alguns casos, o exaurimento pode funcionar como qualificadora [...] ou como causa de aumento da pena [...]” (MASSON, 2010, p. 305), para os quais Masson menciona exemplos contidos, respectivamente, no crime de resistência (art. 329, § 1º, do CP) e no crime de corrupção passiva (art. 317, § 1º, do CP).

A título de conhecimento, diferentemente do visto até aqui, no entendimento de Bettiol (*apud* MARQUES, 1997, p. 357-358), em nenhuma infração ocorre o exaurimento, pois, para ele, “os efeitos do crime não podem extinguir-se enquanto de uma consequência derivar outra, e assim até o infinito”.

Conclui-se que o exaurimento é a realização dos propósitos do criminoso, em geral, estendendo-se para além do crime consumado formalmente, podendo ou não se confundir com o crime consumado formalmente. Nas palavras de Fragoso (2003, p. 299), “diz-se o crime exaurido (ou esgotado), quando o agente vem a alcançar o fim que pretendia, além do resultado que consuma o delito. [...]”.

É importante que se compreenda que as consequências que extrapolam a consumação formal não são necessariamente consideradas exaurimento, pois o exaurimento acontece quando o propósito criminoso resulta alcançado. Assim, aquilo que sucede entre a consumação formal e a consumação material não fazem parte do exaurimento, posto que o exaurimento é, conforme Dias (2007, p. 686), a “terminação” ou “conclusão” (*Beendigung*); nem fazem parte do exaurimento as consequências outras que não sejam as almejadas pelo agente criminoso.

Outra importante ressalva é que não se deve confundir aquilo que Dias (2007, p. 686) chamou de tentativa em perspectiva substancial com aquilo que se entende comumente por tentativa. Pois esta é tida pela perspectiva da consumação formal do crime.

2.4 A TENTATIVA

A tentativa é ato que só ocorre na etapa dos atos executórios, que é sempre punível, como já se disse em tópico próprio. Dessa forma, “enquanto a regra é de que os atos preparatórios não ingressam no âmbito do proibido, no que respeita à tentativa, a regra é a de que os atos de tentativa são atos proibidos. [...]” (ZAFFARONI, 2010, p. 20)

Acerca da tentativa, Noronha (1995, p. 124) diz que: “Iniciada a execução, deve ela interromper-se em qualquer momento, antes da consumação. Essa

interrupção não se pode vincular à vontade do agente; ao contrário, deve ser-lhe estranha, isto é, provir de fatores que lhe são alheios.”

É o que o próprio Código Penal, no seu art. 14, II, enuncia: “Diz-se o crime: [...] tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.”

Se feita análise mais minuciosa do art. 14, II, do CP, perceber-se-á que três são os elementos caracterizadores da tentativa: a) o dolo (vontade); b) no *iter criminis*, o agente estar na etapa dos atos executórios (iniciada a execução); c) a consumação não ser alcançada por circunstâncias alheias à vontade do agente (não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente).

No caminho do crime, a tentativa possui a parte subjetiva idêntica com relação a do crime consumado; entretanto, a parte objetiva não possui a mesma completude em relação tipo, se comparada ao crime consumado, falta-lhe algo. Veja-se nas palavras de Costa Júnior (2010, p. 134):

O crime tentado haverá de ser entendido em confronto com o crime consumado. A tentativa tem tudo do crime consumado, menos a consumação. Sob o aspecto subjetivo, o crime tentado identifica-se com o consumado. Objetivamente, o crime tentado é a realização incompleta do tipo. Ou, como diria Carrara, um delito degradado em sua força física.

Também em Franco (2007, p. 129):

[...] a tentativa se caracteriza por ser um tipo manco, truncado, carente. Se, de um lado, exige o tipo subjetivo completo correspondente à fase consumativa, de outro, não realiza plenamente o tipo objetivo. O dolo, próprio do crime consumado, deve iluminar, na tentativa, todos os momentos objetivos do tipo. Mas a figura criminosa não chega a ser preenchida, por inteiro, sob o ângulo do tipo objetivo. [...]

Dessa maneira, a tentativa possui uma subjetividade constante, que norteia as ações objetivas. Estas, porém, não realizam tudo quanto a subjetividade almeja com relação ao tipo formal, devido a circunstâncias alheias ao dolo do agente. Nesse sentido, a tentativa realiza o elemento subjetivo do tipo penal, entretanto falha em realizar todos os elementos objetivos do tipo penal.

Consoante Masson (2010, p. 309), a norma da tentativa não produz um crime autônomo; ela é uma norma que amplia a abrangência de aplicação dos tipos da parte especial do Código Penal:

A adequação típica de um crime tentado é de subordinação mediata, ampliada ou por extensão, já que a conduta humana não se enquadra prontamente na lei penal incriminadora, reclamando-se, para complementar a tipicidade, a interposição do dispositivo contido no art. 14, II, do Código Penal. Logo, a norma definidora da tentativa é uma norma de extensão ou de ampliação da conduta.

Assim, é uma norma que não possui autonomia própria, pois “[...] a sua incidência depende da realização de outra norma incriminadora prevista na Parte Especial do Código ou na legislação penal extravagante.” (BARROS, 2009, p. 282-283)

Ou seja, “só é possível pensar-se em tentativa com referência à figura típica de um crime” (REALE JÚNIOR., 2000, p. 191)

Assim, “opera-se uma ampliação temporal da figura típica [...]” (MASSON, 2010, p. 309), pois, com o instituto da tentativa, a tutela penal é estendida para englobar também os atos executórios, anteriores à consumação. Nesse sentido, “[...] sem a norma de extensão (art. 14, II), a tentativa de furto, por exemplo, seria um fato atípico, por força do princípio da reserva legal.” (BITENCOURT, 2010, p. 468)

Vale mencionar que a tentativa de contravenção penal não é punível, nos termos do art. 4º da Lei das Contravenções Penais. (DELMANTO, 1998, p. 23)

Estefam (2010, p. 237) lembra que “existem delitos que são punidos com a mesma pena tanto na forma consumada quanto tentada; são os crimes de atentado ou empreendimento (p. ex., o art. 352 do CP)”

A tentativa pode ser perfeita (crime falho) ou imperfeita (inacabada). Tentativa perfeita é quando o agente faz tudo quanto possível para alcançar o resultado e ainda assim não consegue consumir o crime. Já a tentativa imperfeita é quando o agente ainda não esgotou os atos de execução de modo que ele considere suficiente para resultar em consumação. (NORONHA, 1995, p. 124)

A tentativa perfeita também é conhecida na doutrina estrangeira como delito frustrado. (MUÑOZ CONDE, 1988, p. 180)

Ressalta-se que, ao contrário de muitas legislações penais estrangeiras, no ordenamento penal brasileiro não se estabeleceu diferenciação entre tentativa e crime frustrado ou crime falho, tendo eles igual tratamento punitivo. (FRANCO, 2007, p. 129)

Diferentemente dos casos de tentativa, “[...] se a consumação não ocorre por vontade do agente, configura-se a desistência voluntária ou o arrependimento eficaz.¹ [...]” (MIRABETE, 2012, p. 68)

Sobre a ocorrência da tentativa, Ferri (1999, p. 500) argumenta que a tentativa é possível, em regra, em todos os crimes dolosos, desde que não consistam em uma palavra instantânea. Ou seja, a tentativa é possível sempre que se puder separar atos executórios de atos consumativos, mesmo que o *iter criminis* seja imprevisto e rápido.

No que diz respeito ao dolo alternativo, contrariamente à posição de Bruno, adota-se a posição de Marques e Barros, que entendem que a tentativa nestes casos deve ser considerada como a do crime mais grave, posto que há o dolo de cometê-lo também. (BARROS, 2009, p. 284) Há não só o dolo, como também, frise-se, há a idoneidade dos atos executórios para consumir o crime.

Já se disse que o *iter criminis* só se aplicada aos crimes dolosos, entretanto, é interessante mencionar o comentário de Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 25) sobre a tentativa nos crimes culposos:

É certo que a tentativa não é admissível nos tipos culposos, porque nestes ela é inconcebível. O conceito de tentativa não é invenção da lei, já que esta o recolhe e se limita a submetê-lo a uma pena. Onticamente, é tão inconcebível a tentativa culposa como o é um círculo quadrado ou um triângulo de seis lados e cinco vértices. Só se pode tentar alcançar o que se quer alcançar, mas não o que não é querido. [...]

¹ A desistência voluntária ocorre quando o agente, estando em atos de execução, desiste, voluntariamente, em dar prosseguimento à execução; enquanto que o arrependimento eficaz é quando o agente, após esgotar os atos de execução, se arrepende e, eficazmente, evita que a consumação aconteça.

Tentativa e atos executórios quase que se confundem, entretanto é fácil diferenciá-los. A tentativa é algo que ocorre dentro da etapa dos atos executórios, nunca fora desta. Ademais, pode o *iter criminis* chegar ao fim sem que ocorra a tentativa. Isso significa que a tentativa é algo que pode ocorrer dentro dos atos executórios, mas não necessariamente. Ou seja, sempre que houver tentativa, haverá execução, mas nem sempre que houver execução haverá tentativa.

Em resumo, a tentativa é instituto que estende a punibilidade para momento aquém da consumação do tipo penal, e que ocorre quando, na etapa dos atos executórios, o agente é interrompido de prosseguir no caminho do crime por circunstâncias alheias à sua vontade.

2.5 A DISTINÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E EXECUTÓRIOS

Conforme Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 50), a distinção entre atos preparatórios e atos executórios “[...] é um dos problemas mais árduos da Dogmática e, seguramente, o mais difícil do estudo da tentativa. [...]”

Distinguir entre atos preparatórios e executórios significa determinar “[...] qual é o grau de objetivação, no mundo exterior, que deve ter alcançado a resolução criminosa para que seja punida.” (ZAFFARONI, 2010, p. 50)

Mais do que isso, significa “[...] verdadeira fronteira entre punibilidade e impunidade [...]” (BUSATO, 2015, p. 659), pois distinguir entre atos preparatórios e executórios é o que determinará se o destino do réu será o cárcere ou a liberdade.

Ferri (1998, p. 482) compara o problema da distinção entre atos preparatórios e atos executórios com o problema da enfermidade de mente, que, ao separar os loucos não puníveis dos não loucos puníveis, traz ou a condenação ou a absolvição.

Na forma como está disposta no Código Penal, a fórmula do “início de execução” é de pouca serventia para o intérprete na aplicação do instituto da tentativa, pois “[...] não passa de um indicador geral e fluído, que pouco nos esclarece em cada caso particular, ou seja, quando se torna mister precisá-la para a sua aplicação a uma realidade concreta.” (ZAFFARONI, 2010, p. 50)

No intento de solucionar esta problemática, numerosas teorías têm sido excogitadas com vistas a formular um critério geral para determinar o que deve ser ato punível como tentativa e o que deve permanecer como ato preparatório impunível criminalmente. É sobre esse assunto que trata o capítulo seguinte.

3. AS TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA EXECUÇÃO DO CRIME

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste capítulo tratar-se-á das teorias mais conhecidas acerca da diferenciação entre atos preparatórios e executórios, ou seja, das teorias que visam delimitar o início dos atos de execução do crime.

O capítulo está dividido em duas seções: a primeira, trata das teorias subjetivas e a segunda, das teorias objetivas. As teorias subjetivas são as principais teorias mencionadas na doutrina que fazem contraposição às teorias objetivas devido a uma falta de um critério objetivo claro. Por sua vez, as teorias objetivas são as teorias atualmente utilizadas na interpretação das leis penais brasileiras, todas elas possuem um viés de delimitação objetivo mais restritivo do que as teorias, aqui, tidas, genericamente, por subjetivas.

A primeira seção está subdividida em: teoria subjetiva estrita; teoria da univocidade; teoria sintomática; e teoria negativista. Enquanto a segunda seção do segundo capítulo está subdividida em: teoria objetivo-formal; teoria objetivo-material; e teoria objetivo-individual.

Alerta-se que, como regra, tudo o que se mencionar daqui por diante com relação a atos preparatórios será passível de abranger também aquilo que se considerou no capítulo anterior como a etapa de manifestação do *iter criminis*.

3.2 AS TEORIAS SUBJETIVAS

As teorias subjetivas são teorias que não possuem um critério claro na distinção de quando ocorre o que se pode chamar de início da execução do crime. Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que, por fazerem oposição às teorias objetivas, as quais possuem critérios objetivos para diferenciar atos executórios de atos preparatórios, as teorias subjetivas limitar-se-iam, exclusivamente, ao dolo. Entretanto, perceber-se-á que parece haver nelas um critério objetivo mínimo necessário, o qual, contudo, não permanece delimitado objetivamente. Ou seja, faz-se necessária a objetividade para averiguação da intenção delitiva, porém não é a

objetividade do ato que determina se o ato será punível como tentativa ou não; mas, sim, a intensidade volitiva manifestada objetivamente.

Com finalidade estética e didática, as teorias subjetivas abrangem a teoria subjetiva estrita, a da univocidade, a sintomática e a negativista, posto que todas possuem em comum um critério diferenciador da execução pouco preciso ou indefinido objetivamente, de modo a permitir que atos manifestamente preparatórios sejam considerados puníveis.

3.2.1 A teoria subjetiva estrita

A primeira teoria caracterizada como subjetiva é a teoria subjetiva estrita, a qual, diferentemente do que se imagina, não prescinde de um critério minimamente objetivo.

Conforme Dias (2007, p. 700), para as teorias subjetivas, a distinção entre atos preparatórios e atos executórios é encontrada por intermédio de um apelo à “qualidade ou intensidade da vontade documentada no acto dirigido à realização do crime”. Importaria, dessa maneira, o grau de intensidade da vontade de cometer o crime, de forma que esta intensa vontade resulte aparente (documentada) em ato externo.

De acordo com Hungria (1978, p. 79-80), sob a ótica da teoria subjetiva:

[...] não se considera a tentativa como uma conduta informada pela *voluntas sceleris*, mas como uma *voluntas sceleris* revelada por uma conduta. É assim como quem, tendo de definir a papoula, ao invés de dizer que é uma flor de cor vermelha, dissesse que é a cor vermelha numa flor.

Assim, para a teoria subjetiva estrita, não é a conduta que é punível, mas sim a vontade, a qual se torna revelada por uma conduta. Com isso, essa teoria faria oposição às teorias objetivas, no sentido que estas, em contrário, consideram punível a conduta, e não a vontade. Assim, por exemplo, no *iter criminis* de um homicídio com arma de fogo, não são os atos de disparar contra a vítima ou outros atos que objetivamente a exponham a perigo a vida da vítima que são considerados puníveis, é a mera exteriorização da vontade é que é punível, o fato de o agente

deixar clara a sua intenção de matar é que é punível, pois o que a teoria subjetiva estrita pune é a “vontade hostil ao direito”. (SANTOS, 2000, p. 308)

Nesse sentido, Queiroz (2016, p. 307) explica que, para a teoria subjetiva estrita, o critério relevante é “[...] a manifestação de uma vontade contrária ao direito (dolo), ou seja, o mais importante é o desvalor da ação, e não o desvalor do resultado. [...]”.

Em seguida, conclui esse autor afirmando haver três resultantes desse entendimento: a primeira, é a equiparação entre preparação e tentativa (atos executórios); a segunda, é a possibilidade de punição da tentativa absolutamente inidônea (caso do art. 17, do CP); e a terceira, seria a equiparação da pena na tentativa e na consumação, posto que o dolo (elemento punível, em contrário à conduta) é o mesmo em ambas as ocasiões.

Conforme explica Busato (2015, p. 661):

Se [...] a ideia é identificar o ato de execução como a externalização da vontade ou da representação, essa manifestação externa não é um dado subjetivo, mas objetivo e, portanto, não seria o caso de chamá-la de teoria subjetiva. Ademais, haveria a dificuldade adicional de estabelecer com precisão quais os critérios objetivos de identificação dessa manifestação de vontade.

Nesse sentido, para que essa teoria possa ser adequadamente considerada como subjetiva, não deveria ela utilizar de critérios objetivos (manifestação externa) para averiguar a existência de ações puníveis. E, mesmo que assim o faça, esses critérios seriam muito difíceis de se delimitar objetivamente.

Apesar desta busca de Busato por maior pureza, aparentemente, a teoria subjetiva estrita requer um mínimo de objetividade na averiguação da existência de um ato executório. Para melhor compreender, veja-se este comentário de Hungria (1978, p. 79-80):

[...] Recuando da absurda ilação de que a tentativa punível pode ser reconhecida até mesmo quando alguém confesse ter tido *in mente* o propósito de cometer um crime, a teoria subjetiva exige que a resolução criminosa se revele por atos inequívocos, sejam estes executivos ou preparatórios. [...].

É de se supor que uma teoria estritamente subjetiva seria algo impossível, pois se necessita de critério objetivo mínimo para averiguar a existência da vontade delitiva. Assim, para teoria subjetiva estrita, vale qualquer ato que manifeste o desvalor da ação, não havendo objeções, a princípio, no sentido de se considerar punível um ato equívoco, conceito que será melhor visto adiante.

Dessa forma, a aplicação da teoria subjetiva estrita implicaria a possibilidade de se condenar qualquer ato preparatório, pois ela visa encontrar no plano da ação somente a manifestação da intenção criminosa. Caso o agente esteja demonstrando, com clareza, sua intenção de cometer determinado crime, ele já deverá ser punido, mesmo que seus atos sejam totalmente inidôneos, incapazes de causar qualquer malefício ao bem juridicamente tutelado pelo tipo penal.

Conclui-se que o critério subjetivo para a diferenciação entre atos preparatórios e atos executórios busca levar em consideração a vontade delitiva manifestada, ao invés da conduta delitiva realizada. Entretanto, não prescinde esta visão de um critério objetivo para averiguação da presença da vontade delitiva punível. Faz-se necessária a existência de atos que revelem a vontade delitiva sendo posta em prática. Não sendo punível, portanto, conforme o entendimento de Hungria (1978, p. 79-80), a mera confissão do propósito de cometer o crime.

Ainda, o critério subjetivo de distinção não possui uma diferenciação clara entre atos preparatórios e executórios. Nesse sentido, a teoria subjetiva estrita depende muito mais da intensidade do dolo manifestado, independentemente da etapa externa em que possa se encontrar o agente no caminho do crime. Assim, parece certo que a teoria subjetiva estrita pode aceitar como punível qualquer momento da fase externa do *iter criminis*, desde que a vontade manifestada seja intensa o suficiente para ser considerada vontade delitiva direcionada à consumação do tipo penal.

Isso, na prática, resulta em uma ausência de um critério de diferenciação entre atos preparatórios e executórios.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 51-52):

A teoria subjetiva pura é um posicionamento que hoje se considera abandonado, porque possui o inconveniente de elevar o critério individual do autor a determinante do limite do proibido, quando, em realidade, se necessita, precisamente, do critério de um terceiro, ou seja, de um observador supraindividual.

No intento de se alcançar um critério mais objetivo para diferenciar atos preparatórios de atos executórios, fazendo uso de um critério de um terceiro observador, surge a teoria da univocidade.

3.2.2 A teoria da univocidade

A teoria da univocidade foi concebida inicialmente por Carmignani, depois adotada por Carrara, que mais adiante a abandonou por outra teoria considerada menos defensável (BRUNO, 1984, p. 232), que não será tratada aqui.

Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 627), explanam que esta teoria foi um prelúdio das teorias objetivas, posto que é um princípio de objetivação que serviu como um ensaio de um critério delimitador na busca de se separar os atos preparatórios, impuníveis, dos atos executórios, puníveis.

Na teoria da univocidade:

[...] a univocidade de direção para o crime é o primeiro caráter indispensável nos atos externos que se devam imputar como tentativa. Enquanto o ato externo é tal que se possa referi-lo tanto a um crime quanto a um fato inocente, não haverá senão ato preparatório. (HUNGRIA, 1978, p. 81-82)

Ou seja, se houver ambiguidade, qualquer sentido extra para além do propósito criminoso nos atos externos do agente, serão estes, então, tidos por atos preparatórios, impuníveis. Porém, caso os atos externos do agente compreendam somente um sentido único na realização do propósito criminoso, serão, portanto, atos executórios, puníveis.

Para fins de complementação, eis a preciosa lição de Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 627), que afirmam que, na procura de melhor aclarar a distinção entre atos preparatórios e executórios, no passado:

Ensaíram-se critérios objetivos, um dos quais foi o da *univocidade* ou *inequivocidade* dos atos de tentativa (CARRARA, CARMIGNANI). Segundo este critério, quando os **atos externos** são **inequívocos** — o que significa que, do ponto de um terceiro observador, **não podem ser considerados**

mais do que dirigidos à consumação do delito — serão atos de tentativa ou executivos, enquanto o terceiro observador não possa afirmar a inequivocidade, porque os atos sejam equívocos e possam dirigir-se tanto à consumação do delito como à obtenção de outro propósito não criminoso, serão atos preparatórios impuníveis. [...] (grifo nosso)

Logo, para a teoria da univocidade, os atos que, sob o ponto de vista de um terceiro observador, sejam unívocos, estejam em uníssono, direcionados claramente para um propósito criminoso, são considerados como atos executórios. De outro modo, sob o ponto de vista de um terceiro observador, caso os atos possam estar direcionados também a outros propósitos lícitos, ou seja, que tais atos sejam equívocos, devem, então, ser considerados como atos preparatórios. Exemplo disso é o colocar uma escada em janela de prédio alheio. Essa conduta pode ser para cometer um crime invadindo a residência, como pode também ter o propósito de o resgaste de alguém.

Hungria, em seu clássico exemplo, questiona o que ele entende por teoria subjetiva, aqui entendida como a teoria da univocidade, haja vista a crítica e uso expresso em relação a esse critério. Veja-se:

Figuremos o seguinte caso: Tício tendo recebido uma bofetada de Caio, corre a um armeiro, adquire um revólver, carrega-o com seis balas e volta, ato seguido, à procura do seu adversário, que, entretanto, por cautela ou casualmente, já não se acha no local da contenda; Tício, porém, não desistindo de encontrar Caio, vai postar-se, dissimulado atrás de uma moita, junto ao caminho onde ele habitualmente passa, rumo de casa, e ali espera em vão pelo seu inimigo, que, desconfiado, tomou direção diversa. Não se pode conceber uma série de atos mais inequivocamente reveladores da intenção de matar, embora todos eles sejam meramente preparatórios. Segundo o critério subjetivista, Tício teria de responder por tentativa de homicídio. Mas, pergunta-se: ainda que Caio não se tivesse posto a salvo, teria Tício vencido, efetivamente, toda a distância que existe entre a concepção de um plano e a sua execução? Não teria ele, à vista de Caio, desistido de sacrificar ao seu ódio uma vida humana? Não teria triunfado nele, no derradeiro momento, a força de inibição que anula a *spinta* criminosa? (HUNGRIA, 1978, p. 79-80)

Para além da valorativa crítica de Hungria, percebe-se, com o exemplo acima, que a teoria da univocidade, utilizada exclusivamente, é capaz de considerar como puníveis atos fortemente longínquos daquilo que se teria por efetiva consumação criminosa.

Assim, conclui-se que essa teoria, aparentemente, possui semelhanças com a teoria subjetiva estrita, pois, pode também ampliar a punição a atos

demasiadamente distantes da consumação típica. A possível diferenciação entre essas teorias poderia ser o critério do terceiro observador, que para Zaffaroni e Pierangeli, não se encontra na teoria subjetiva pura (estrita), enquanto esse critério estaria presente na teoria da univocidade.

Assim, também como a teoria subjetiva estrita, a teoria da univocidade não leva em consideração o sujeito agente; mas somente a vontade manifestada em atos exteriores inequivocamente dirigidos ao propósito criminoso, sem levar em consideração a personalidade do agente ou outros aspectos que poderiam sugerir uma periculosidade do agente, diferentemente da teoria sintomática.

3.2.3 A teoria sintomática

Para além da punibilidade da vontade subjetiva do sujeito, a teoria sintomática, da Escola Positiva, leva em consideração não só a vontade do sujeito, mas também o próprio sujeito ou agente do *iter criminis*.

Nesse sentido, de acordo com Hungria (1978, p. 76), a escola positiva é adepta da teoria sintomática, que se contenta com a periculosidade subjetiva manifestada.

Nas palavras de Bruno (1984, p. 231):

O positivismo criminológico, com a sua orientação sintomática do crime e o fim do seu Direito Penal, que pretende antes prevenir do que punir os fatos delituosos, sugere a aplicação de sanções a atos preparatórios que se apresentem como expressão da perigosidade criminal do agente.

Desse modo, observa-se que a teoria sintomática pretende não somente punir os fatos delituosos, como também preveni-los através de sanções a atos preparatórios, caso estes se apresentem como manifestação da perigosidade criminal do agente, o que pode acabar por levar fortemente em conta “quem” está a realizar os atos preparatórios.

Dessarte, isso resultaria em punir atos preparatórios de sujeitos que já foram presos, em face do estigma da criminalização, enquanto que outros indivíduos que cometessem os mesmos atos objetivamente, tais como pessoas em posições de maior *status* na sociedade (políticos, médicos, advogados, engenheiros, altos cargos

públicos etc.), não teriam seus atos considerados como de tentativa; a menos, talvez, que apresentassem fortes indícios de pretensão de cometimento do crime.

É próximo disso o entendimento de Florian, que, nas palavras de Bruno (1984, p. 231, nota 3), afirma que para a teoria sintomática “se, em geral, os atos simplesmente preparatórios não são puníveis, podem sê-lo quando cometidos por criminosos habituais na forma criminosa particular própria dos mesmos.”

Assim como Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 51), Busato (2015, p. 660) afirma que autores vinculados a uma matriz positivista científica entendiam ser mais importante não deixar impune o agente do que delimitar o momento da tentativa delituosa, desde que percebida a sua vontade criminosa.

Neste sentido, a teoria sintomática também se confunde com a teoria subjetiva ao não delimitar, com clareza, o momento da tentativa.

Enrico Ferri (1998, p. 482), criminólogo italiano de linha positivista, explica que, diferentemente da orientação tradicional (atos remotos e atos próximos), que atende somente à objetividade material dos atos, separando-os da pessoa que realiza tais atos, a orientação positivista atende também à objetividade dos atos, entretanto o faz como sintoma e expressão da personalidade delinquente, considerando, assim, inseparáveis a objetividade dos atos e o sujeito que os realiza.

Mais adiante, Ferri (1998, p. 482-483) prossegue em sua explicação dizendo que:

Para a Escola Positiva, como todos os delinquentes, em qualquer forma ou grau enfermos ou sãos de mente, estão sujeitos a sanção repressiva, também todos os atos em qualquer grau ou forma de realização externa do pensamento criminoso são puníveis; porque são a execução de um propósito criminoso e não são atos indiferentes ou legítimos (como a aquisição [sic] de um punhal para uma coleção artística ou científica ou de um revólver para ter em casa para defesa pessoal). Também com os atos preparatórios a realização do propósito criminoso e portanto a execução de um crime é já principiada e portanto quem os realiza deve sofrer-lhe a sanção.

Com isso, percebe-se que a teoria sintomática considera que a conduta se torna punível assim que manifestado com clareza o seu propósito. Entretanto, a

teoria sintomática não condena a mera declaração do intento de cometer o crime. A teoria sintomática condena a ação manifestada objetivamente, a partir do momento em que se manifesta de modo claro o propósito criminoso, independentemente da distância que tais atos estejam da consumação do crime, levando também em consideração os elementos subjetivos do agente, inseparáveis de sua conduta, sob a ótica da teoria sintomática.

Parece claro, então, que a teoria sintomática confunde-se com a teoria subjetiva estrita no sentido de que necessita de uma manifestação objetiva clara acerca da vontade delitiva. Entretanto, a teoria sintomática considera também o sujeito em questão, que, caso seja, por exemplo, um criminoso contumaz, seus atos poderão ser considerados como executórios — desde que tais atos sejam realizados na forma particular deste criminoso habitual — quando os mesmos atos, se cometidos por outra pessoa que não seja um criminoso contumaz, seriam tidos por preparatórios. O que resulta, portanto, da mesma forma, na prática, em uma não distinção entre atos preparatórios e executórios.

Depreende-se, então, que, para a teoria sintomática, na prática, é como se não existem atos preparatórios, pois qualquer ação objetiva que, em seu contexto objetivo e subjetivo, expresse que o sujeito está realizando tais atos em função de seu propósito criminoso, será uma ação juridicamente condenável.

Assim, pode-se concluir que a teoria sintomática, em relação à distinção entre atos preparatórios e executórios, leva em consideração também, ou principalmente, a periculosidade do agente, ampliando a punibilidade dos atos preparatórios para além dos já amplos e obscuros limites da teoria da univocidade, terminando, destarte, na impossibilidade de distinção entre atos preparatórios e executórios. Exemplo que pode ser mencionado é o do ladrão habitual que, com gazuas no bolso, rodeia a casa de outrem, à noite, para procurar o ponto mais fácil para entrar na casa para furtar bens que lá se encontram.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 51), ao afirmar a impossibilidade de distinção entre atos preparatórios e executórios, a teoria sintomática é uma teoria negativa ou negativista.

Contudo, diante do exposto até aqui, a teoria sintomática não afirma a impossibilidade de distinção entre atos preparatórios e executórios, entretanto o critério que ela utiliza para diferenciá-los acaba por resultar na impossibilidade de uma clara distinção entre atos de tentativa e atos preparatórios, assim como a teoria negativista.

3.2.4 A teoria negativista

Por conta das dificuldades de se encontrar algum critério geral em que se consiga precisar a conexão com o tipo penal, sem lesar ao princípio da legalidade, muitos autores, desencorajados, chegaram ao ponto de negar a importância da distinção entre os atos preparatórios e atos executórios, afirmando, em alguns casos, que o importante é a punibilidade do autor (posição positivista); noutros casos, concluindo que é um problema sem solução, o que os levou a defender a punição de atos preparatórios ou a deixar esta distinção ao prudente arbítrio judicial (ZAFFARONI, 2010, p. 50-51).

Consoante Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 51), as chamadas teorias negativas possuem em comum a afirmação de ser irremediavelmente impossível a distinção entre atos preparatórios e atos executórios. Elas são um grupo de opiniões diferentes que concordam que “é impossível determinar quando há um ato de execução, e quando há um estado de tentativa.” E, “[...] conforme estas teorias, a lei não deveria distinguir entre atos executivos e atos de tentativa, e puni-los todos de igual forma. [...]” (ZAFFARON, 2015, p. 627).

Foi devido à negação da possibilidade da delimitação do momento da tentativa de delito que se denominou essa teoria como negativa ou negativista. Na ótica dessa teoria, há [...] “o reconhecimento de que é impossível definir o limite através de uma regra geral, devendo ficar a cargo do juiz, topicamente, estabelecer o que venha a ser ato preparatório e ato de execução.” (BUSATO, 2015, p. 660)

Não por acaso, Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 51) afirmam que “[...] a consequência mais imediata desta teoria negativista é a [...] extensão da punibilidade a qualquer ato preparatório.”

Segundo Busato (2015, p. 660), dentro dessa ótica negativista, houve até mesmo quem considerasse inútil a própria divisão do *iter criminis*.

Ao negar qualquer possibilidade de se distinguir atos preparatórios de atos executórios baseada em critérios objetivos, a teoria negativista é, na prática, uma teoria subjetiva pura, pois ela estende a punibilidade a qualquer ato em que se revele a resolução do autor, independentemente da distância em que possa se encontrar este ato em relação ao núcleo consumativo do delito (ZAFFARONI, 2010, p. 51).

Dessa maneira, conclui-se que a visão negativista se assemelha, na prática, à teoria subjetiva estrita, que, por sua vez, avizinha-se à teoria da univocidade, não distando muito também da teoria sintomática. Contudo, a teoria negativista nega qualquer possibilidade de distinção entre atos preparatórios e executórios, deixando livre o caminho para que se possa considerar como executórios até mesmo atos equívocos, visto que há uma total ausência de critérios delimitadores.

Em crítica a esse posicionamento, Zaffaroni e Pierangeli (2010. p. 51) afirmam que negar a possibilidade de encontrar critérios que possam distinguir os atos preparatórios dos atos executórios “equivale em Medicina a afirmar — agora e sempre — que é absolutamente impossível encontrar remédio para o câncer, ou que, à falta de solução, melhor será tratar o paciente com penicilina.”

No extremo oposto desta negação da possibilidade de distinção entre atos preparatórios e atos executórios estão as teorias objetivas e seus incansáveis defensores na busca de um critério mais bem definido, consoante ao princípio da legalidade.

3.3 AS TEORIAS OBJETIVAS

Em oposição às teorias subjetivas ou às que não delimitam objetivamente um critério para o início dos atos executórios, permitindo a punição de atos fortemente longínquos da consumação do tipo penal, surgem as teorias objetivas, as quais buscam traçar de modo mais claro onde se tem o início da tentativa, resultando, assim, em uma menor arbitrariedade e subjetivismo nas decisões judiciais, ao trazer

maior certeza quanto aos limites da punibilidade, ou seja, maior certeza sobre o limiar em que as ações deixam de ser atos lícitos para se tornarem ilícitos penais.

As teorias objetivas subdividem-se em teoria objetivo-formal, teoria objetivo-material e teoria objetivo-individual.

3.3.1 A teoria objetivo-formal

Conforme Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 53-54), a teoria objetivo-formal foi o primeiro enunciado da teoria objetiva em sentido amplo, sendo ela muito respeitosa com o princípio da legalidade ao exigir que o agente tenha realizado efetivamente parte da conduta típica.

Para a teoria objetivo-formal, o ato executório tem início quando a conduta do agente perfaz parcela constituinte elementar do tipo penal, mais precisamente quando começa a realizar o “núcleo do tipo”, que, conforme Hungria (1978, p. 83-84), é o “conjunto de atos que realiza o verbo ativo principal do tipo”. Assim, no homicídio tem início os atos executórios ao começar a “matar”; no furto, ao começar a “subtrair”; e assim por diante com os outros crimes e seus respectivos verbos.

A teoria objetivo-formal é restritiva na abrangência daquilo que ela considera como atos executórios de tal modo que:

[...] Se, por exemplo, o ladrão é surpreendido no interior da residência, caso ainda não tenha iniciado a subtração, isto é, posto a mão na coisa, para a teoria objetivo-formal não há tentativa, subsistindo, no máximo, o delito de violação de domicílio [...] (BARROS, 2009, p. 281)

Para alguns autores, como Nucci (2013a, p. 342-343), dentro da teoria objetivo-formal enquadra-se a teoria da hostilidade ao bem jurídico, que sustenta serem atos executórios aqueles que “atacam o bem jurídico tutelado” pelo tipo penal, retirando o bem do seu “estado de paz”.

Entretanto, para outros autores, o ataque ao bem jurídico tutelado é identificado como ato executório pela ótica da teoria objetiva material. Assim entendem Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 57):

A título meramente exemplificativo, recordamos que LISZT pretendia encontrar o critério no próprio texto legal, enquanto que para BELING os

atos preparatórios constituíam elementos acidentais do tipo. MITTERMAIER, primeiramente, e FRANK e HIPPEL, mais tarde, reconhecem que não só é tentativa o começo da ação típica como, também, o ato precedente logicamente necessário, o que é aceito por MAX ERNEST MAYER, particularmente quanto aos "delitos materiais", quando alguém se vale da **agressão ao bem jurídico** para tentar aperfeiçoar a delimitação. (grifo nosso).

Neste sentido, conclui-se que a teoria objetivo-formal considera como atos de tentativa somente aqueles que perfazem parcela do núcleo verbal do tipo penal, ou seja, atos que iniciam a ação verbal, porém não chegam a consumá-la por circunstâncias alheias à vontade do agente. O que a torna a teoria mais restritiva e cujos atos executórios são os mais próximos da consumação do tipo penal, satisfazendo em maior porção ao princípio da legalidade. Dessa forma, em exemplo, somente o disparo da arma de fogo é considerado início de execução para a hipótese de tentativa de homicídio com arma de fogo.

Contudo, a teoria objetivo-formal, com sua estreiteza, deixa a desejar, principalmente, nos crimes em que os atos executórios se equivalem faticamente aos atos que consomem o delito. Desta não tão satisfatória estreiteza é que exsurge a abordagem objetiva material da tentativa, que busca estender os atos de tentativa para além dos atos equivalentes ou praticamente equivalentes à consumação delitiva, posto que não era este o propósito do legislador ao positivar o instituto da tentativa.

3.3.2 A teoria objetivo-material

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 55), o legislador, ao positivar a tentativa como forma extensiva, quis tornar ilícitos penais também os atos imediatamente anteriores à realização da conduta típica, porque, caso contrário, o bem jurídico resultaria desprotegido em casos que constituem verdadeiras ameaças ao bem jurídico tutelado, dado o perigo apresentado por tais condutas ofensivas.

Assim, diante dessas ofensas não puníveis pela teoria objetivo-formal, buscou-se ampliar a abrangência desta teoria, complementando-a com outros critérios, o que fez surgir as teorias objetivo-materiais; ainda que, segundo os autores supra citados, a teoria objetivo-material não seja considerada teoria, pois esta carece de unidade que permita assim classificá-la.

Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 55) pretendem deixar claro que aquilo que se entende por teoria objetivo-material não é uma reformulação da teoria objetivo-formal, mas somente uma complementação desta. Ou seja, eles afirmam que a teoria objetivo-material é mera complementação interpretativa que tenciona abarcar os atos que o legislador pretendeu que se punissem, os atos mais próximos da consumação do tipo legal, os imediatamente anteriores ao início da realização da conduta do verbo nuclear, devido à sua perigosidade.

Entendendo que o legislador quis abarcar os atos imediatamente anteriores ao núcleo verbal nos atos executórios, Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 54-55), para justificar tal entendimento, argumentam com o exemplo da “posse sexual mediante fraude (art. 215, do CP), em que a execução começaria quando o fato já estivesse consumado, porque ‘começar a ter conjunção carnal’ já é ter conjunção carnal.” Ou seja, para determinados crimes, iniciar a conduta descrita pelo verbo nuclear já é consumir o ato. O que faz com que não se abra margem para possibilidade de ocorrência da tentativa, caso a interpretação da ocorrência de atos executórios seja estritamente conexa à realização da conduta descrita pelo verbo nuclear em crimes como o do exemplo mencionado.

Conforme Busato (2015, p. 662), a teoria objetivo-material considera como elemento caracterizador de tentativa “[...] o efetivo perigo para o bem jurídico protegido pelo tipo”.

É comum, na doutrina, a referência à tese de Hans Frank, de modo que ela é a de maior relevância para aquilo que se considera como teoria objetivo-material. Para essa teoria, o início da execução do crime se dá “em toda atividade que em virtude de seu necessário pertencimento à ação típica, apareça, para a concepção natural, como sua parte integrante.” (FRANK *apud* BUSATO, 2015, p. 663)

Para compreender-se melhor o que se deve entender por “concepção natural”, o conceito supracitado de Hans Frank, Enrique Cury Urzúa, referido por Franco (2007, p. 131), com simplicidade e maestria, explana que:

Matar significa, formalmente, privar a outrem da vida; 'deitar com', efetuar a copula carnal; 'apropriar-se', retirar a coisa com ânimo possessório, do âmbito em que o legítimo detentor possa ter efetivo seu domínio sobre ela;

'agredir', pôr violentamente em contato um objeto contundente com corpo da vítima e assim por diante. Mas a lei emprega essas formas verbais num sentido popular, que estende seu conteúdo descritivo. Para o observador comum, o cavaleiro 'salta' não apenas quando seu cavalo transpõe o obstáculo, mas também desde o momento que o cavalo inicia o galope e durante todo o intermédio. Nos tipos penais, os verbos tem este significado natural, mais amplo que o formal.

Assim, a “concepção natural”, que é o critério de um observador comum (observador externo), é uma concepção que abrange, portanto, a interpretação mais larga ou extensiva daquilo que se entende pela execução da conduta descrita verbalmente no tipo penal. Esta interpretação mais abrangente é aquela conotação ou o sentido “natural” das palavras, que é tido como o modo de compreender de um observador comum. Ou seja, a visão de alguém que não costuma tomar as palavras por seu sentido estrito, mas sim em um sentido mais alargado. Para melhor ilustrar, seria algo como considerar-se uma moradia em apartamento através do uso do termo “casa” (exemplo: “esta é minha casa”), termo que, se considerado de modo estrito, resultaria inadequado para essa referência.

Já sob a ótica da teoria da hostilidade ao bem jurídico, de Mayer, outro autor cuja teoria é comumente considerada como objetivo-material pela doutrina, “os atos executivos são aqueles que atacam o bem jurídico [...]; atos preparatórios não representam ataque ao bem jurídico, cujo ‘estado de paz’ fica inalterado.” (HUNGRIA, 1978, p. 84).

Este entendimento, pode ser, de acordo com Marques (1997, p. 372-373), “[...] um elemento de segundo plano e subalterno destinado tão-só a esclarecer a configuração de atos duvidosos.” É o ensinamento de Mezger, para quem, nas palavras de Marques (1997, p. 372-373):

[...] o significado “princípio de execução” deve partir de um conceito formal ligado à tipicidade, e em seguida passar para indagações de ordem material a fim de esclarecer e interpretar, nos casos duvidosos, “as características típicas formais”.

Assim, sob esta visão, a teoria objetivo-material deveria ser aplicada somente para os casos duvidosos, nos quais dever-se-ia averiguar materialmente o caso concreto, a fim de tentar aclarar se houve ocorrência das características típicas formais ao interpretar o caso concreto. O que, de certa forma, pode implicar também

em uma leitura mais extensiva do verbo nuclear, aproximando-se daquilo que se entende por “concepção natural”.

Conforme Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 55-56), este apelo à “concepção natural” é um apelo ao “uso da linguagem”, de forma que apontar ou sacar uma arma já seria “começar a matar”, entretanto, assim não seria contemplado o sentido estrito da palavra matar. Dessa maneira:

O apelo ao uso da linguagem tem o inconveniente próprio de tais critérios, vale dizer, sua nebulosidade e geral indefinição. **Disto resulta que também se tenha exigido que a vinculação com a realização típica seja imediata**, no sentido de que a ação praticada pelo autor desemboque na realização do tipo, sem nenhum outro ato posterior. (grifo nosso)

Assim, por conta desta imprecisão de linguagem, surge a mistura do conceito de perigo efetivo ao bem juridicamente tutelado com o conceito de imedaticidade, visando restringir a abrangência interpretativa daquilo que se considera, materialmente, como ato extensivo da ação que realiza parcial ou inicialmente o verbo nuclear do tipo penal.

Disso, resulta que, atualmente, a teoria objetivo-material compreende uma interpretação materialmente extensiva do verbo nuclear, conforme uma “concepção natural”, porém limitada aos atos imediatamente anteriores àqueles considerados como executórios pela teoria objetivo-formal, ou seja, limitada aos atos imediatamente anteriores àqueles atos que perfazem estritamente a conduta descrita pelo verbo nuclear. Dessa forma, a teoria objetivo-material abrange tudo o que a teoria objetivo-formal considera como atos executórios e inclui neles os atos imediatamente anteriores a estes, resultando que os imediatamente anteriores sejam considerados meros atos preparatórios. Assim, na hipótese de um *iter criminis* em que o agente visa um homicídio com uso de arma de fogo, o ato imediatamente anterior ao ato de disparar (que é a ação de “matar” sob a ótica da teoria objetivo-formal) é o ato de apontar a arma à vítima ou o saque da arma de fogo, a variar conforme a interpretação.

Todavia, conforme se verá adiante, há casos em que a própria imedaticidade é questionável. Se ela advir de um ponto de vista de um terceiro observador, poderá tornar condenável o que, naquele caso concreto, ainda seria um ato preparatório,

posto que, sobre outra ótica, seria mediato. Neste contexto, surge a teoria objetivo-individual, que leva em consideração o plano concreto do autor para definir se o ato é preparatório ou se já constitui tentativa.

3.3.3 Teoria objetivo-individual

A teoria objetivo-individual surgiu no esforço de se tentar restringir a demasiada amplitude das teorias objetivo-materiais, que, por vezes, podem permitir a punição de atos que são tidos como claramente preparatórios.

Não é outro o entendimento de Fragoso (1978, p. 528-529), para quem:

É inegável [...] que a nova fórmula (Ansatzformel) amplia os limites da punibilidade, quando se parte da teoria formal objetiva [...], embora a intenção tenha sido a de fixar bases mais firmes para a caracterização dos atos executivos. Todavia, representa, efetivamente, limitação em face da chamada teoria material objetiva, segundo a qual, partindo-se da conduta típica, considera-se tentativa também a realização de ações que a precedem.

Ou seja, a teoria objetivo-individual é uma teoria que amplia os atos executórios para além da teoria objetivo-formal. Contudo, restringe — ou pode restringir — o âmbito de consideração do que devem ser considerados atos executórios, se comparada à teoria objetivo-material, principalmente, quando considerada sob o aspecto da periculosidade ou do uso da “concepção natural”.

O nome objetivo-“individual” deriva do seu principal critério diferenciador, que é o plano concreto do autor. De acordo com esta teoria, sem esse plano concreto do autor, não se pode distinguir entre o que é ato executivo e o que é ato preparatório. (ZAFFARONI, 2015, p. 628)

Conforme Nucci (2013a, p. 343), o que diferencia a teoria objetivo-individual da teoria objetivo-material é que, nesta, o que determina a imediatividade é um “terceiro observador”; enquanto que, naquela, é o próprio autor, com o seu plano concreto — que deve ser provado —, que determina se o ato já é imediatamente anterior à realização do tipo ou não.

Neste sentido, o critério da imediatividade da conduta, por si mesmo, ainda não é um critério preciso o suficiente para determinar a imediatividade da conduta em

relação à realização do tipo *in abstracto*, fazendo-se necessário “[...] considerar a aproximação típica no caso concreto, o que obriga a tomar-se em conta, de maneira iniludível, o plano concreto do autor. [...]” (ZAFFARONI, 2010, p. 58-59).

Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 59) explicam que, devido à infinitude de modos de se realizar um delito, identificar qual é o último ato parcial antecipado à ação que realiza o tipo somente é possível tendo em vista o plano individual do autor, ou seja, quando se conhece com exatidão o escopo perseguido pelo autor com aquela conduta. Veja-se exemplo esclarecedor de Rudolphi, nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 59):

[...] quando uma mulher quer envenenar o seu marido com uma comida e nela adiciona veneno, dependerá do plano concreto da autora se ela própria deve servir o alimento ao marido ou se o marido deve dele servir-se diretamente para que, na primeira hipótese, exista ainda um ato preparatório e, na segunda, uma tentativa. [...].

Com tal exemplo, percebe-se que caso a mulher deva servir a comida ao marido, resta ainda um ato (o ato de servir a ele) para que o próximo ato seja aquele que adentra na zona próxima da consumação do tipo penal, não sendo, portanto, essa conduta considerada como imediatamente anterior ao início da ação típica. De outra monta, caso o marido deva servir-se diretamente da comida envenenada, nenhum outro ato da agente faz-se necessário para que a finalidade criminosa perseguida por ela seja atingida. Assim, sob a ótica da teoria objetivo-individual, o ato do primeiro caso deve ser tratado como preparatório, posto que, segundo o plano da autora, ainda não é ato imediatamente anterior ao início da ação típica; enquanto que, no segundo caso, o ato de envenenar a comida já deverá ser tratado como tentativa, posto que último ato antes da realização da conduta tipificada.

É o que entende Jescheck (*apud* FRANCO, 2007, p. 132), para quem:

[...] os acontecimentos constitutivos de tentativa são, portanto, apenas aqueles acontecimentos que se encontram na zona imediatamente anterior à realização de um elemento do tipo. O decisivo para isso é que um comportamento, que todavia não é típico, segundo o plano do autor esteja tão estreitamente vinculado à ação executiva, que sem elos intermédios essenciais, possa passar à fase decisiva do fato.

É isso o que se deve entender ao ler a célebre frase de Hans Welzel (*apud* BUSATO, 2015, p. 665), que explica que “[...] a tentativa começa com aquela

atividade com a qual o autor, segundo seu plano delitivo, põe-se em relação imediata com a realização do tipo de delito”.

Nesse sentido, para a caracterização da tentativa sob a ótica da teoria objetivo-individual:

[...] não basta qualquer postar-se em atividade para realizar a resolução, mas tão somente a conduta que, na verdade, não precisa ser propriamente típica, mas que, segundo o plano do autor, esteja ligada estreitamente à ação típica executiva, de tal forma que, sem solução de continuidade e sem maiores interrupções no decorrer do acontecimento, deva conduzir diretamente à realização do tipo legal [...] (WESSELS *apud* FRANCO, 2007, p. 132)

Ademais, a teoria objetivo-individual toma por distintos o “começo de execução do crime” e o “começo de execução da ação típica”. Desta forma:

[...] Se o sujeito realiza atos que se amoldam ao núcleo do tipo, certamente está executando a ação típica e o crime. Mas, como começo de execução da conduta típica não é o mesmo que começo de execução do crime, o conceito deste último deve ser mais amplo. Por isso, o começo de execução do crime abrange os atos que, de acordo com o plano do sujeito, são imediatamente anteriores ao início de execução da conduta típica. (JESUS, 2012, p. 373)

Visto isso, tem-se, então, que o “começo de execução do crime” engloba tanto a conduta que realiza a ação do verbo nuclear como também aquela imediatamente anterior a esta, em conformidade com o plano concreto do autor. Enquanto que o “começo de execução da ação típica” comporta somente os atos que perfazem a ação do verbo nuclear, ou seja, a conduta descrita no tipo penal.

Ante todo o exposto anteriormente, conclui-se que a teoria objetivo-individual toma por início de execução do crime aqueles atos que, conforme o plano concreto do autor, são imediatamente anteriores aos atos que principiam a realização da conduta típica, ou seja, imediatamente anteriores de forma que, conforme o plano do autor, nenhum ato mais será necessário para que se adentre na execução do “verbo nuclear” do tipo penal. O que faz com que esta teoria seja mais ampla do que a teoria objetivo-formal, contudo, potencialmente mais restritiva com relação à teoria objetivo-material, posto que, diferentemente desta, não depende da visão de um terceiro observador, mas do plano concreto do autor.

Descritas em sua essência as teorias que orientam a fixação do início da execução do crime, parte-se para a análise das jurisprudências do STF e do STJ.

4. A JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ RELATIVA AO INÍCIO DA EXECUÇÃO DO CRIME

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tem-se por certo que o Código Penal Brasileiro adotou a visão teórica objetiva acerca do início da execução do crime, posto que ele faz clara menção aos atos executórios, distinguindo-os, assim, dos atos preparatórios, em contraposição à visão teórica subjetiva acerca do início da execução do crime.

Dito isso, neste capítulo, serão analisados os julgados mais relevantes do STF e do STJ, desde 1984² até o ano de 2017, acerca do início da execução do crime, para se demonstrar como esses dois tribunais superiores têm aplicado as teorias que orientam a fixação do início da execução do crime, com destaque aos julgados que façam menção explícita às teorias objetivas e/ou à distinção entre atos preparatórios e atos executórios.

O capítulo está dividido em duas seções: a primeira trata da aplicação das teorias relativas ao início da execução do crime na jurisprudência do STF, analisando-se em subseção o *Habeas Corpus* 81.674/PB (2002) e o *Habeas Corpus* 122.791/MS (2015), terminando com a síntese da análise feita na seção.

Semelhantemente, a segunda seção trata da aplicação das teorias relativas ao início da execução do crime na jurisprudência do STJ, cujos julgados analisados são o *Habeas Corpus* 16.153/RJ (2001), do *Habeas Corpus* 41.621/RJ (2005), do *Habeas Corpus* 112.639/RS (2009), do *Habeas Corpus* 1.178.317/RS (2010), do *Habeas Corpus* 125.315/TO (2012), do Recurso Especial/RS (2015) e do Conflito de Competência 121.699/AM (2015), finalizando a seção com a síntese da análise desses julgados.

Os termos utilizados para a busca de julgados foram os seguintes: “tentativa”, “preparação”, “preparatórios”, “atos preparatórios”, “execução”, “executórios”, “atos executórios”, “14”, “objetiva”, “teoria objetiva”, “teoria”, “iter criminis”, “iter” e suas flexões de número e gênero, quando aplicáveis.

² Ano da reforma da Parte Geral do Código Penal.

4.2 A APLICAÇÃO DAS TEORIAS RELATIVAS AO INÍCIO DA EXECUÇÃO CRIME NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

4.2.1 O *Habeas Corpus* 81.674/PB (2002)

O *Habeas Corpus* nº 81.674, da Paraíba, foi da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, e foi julgado, no dia 16 de abril de 2002, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sendo vencido o Ministro Sepúlveda Pertence. A ementa foi publicada no Diário da Justiça da União nº 42, de 21 de fevereiro de 2003.

Trata-se de hipótese de tentativa de extorsão mediante sequestro³, em que os agentes se aproximaram do carro da vítima, porém esta logrou escapar antes que eles pudessem abordá-la, conforme se pode depreender do trecho da sentença citado no voto do Ministro Relator, assim escrito:

No dia seguinte volta a ser perseguido e, por volta das 22:00 horas, quando tentava estacionar seu carro, em frente à casa de sua namorada, pelo retrovisor, observou dois elementos portando revólveres que se aproximavam e, nessa oportunidade, saiu Roberto em alta velocidade, conseguindo safar-se dos sequestradores. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2003, p. 7)

Os atos narrados acima foram considerados como atos executórios conforme a argumentação que segue:

Com efeito, não teriam passado da etapa preparatória do *iter criminis*, entre outros atos, a aquisição dos apetrechos para a prática do crime, a locação dos veículos utilizados na ação criminosa, os telefonemas dados à vítima e a escolha do eventual cativo. Contudo, **a partir do momento em que comparsas do paciente, de arma em punho, aproximaram-se do veículo onde se achava a vítima, é inegável que chegaram à fase da execução, que não se consumou tão somente por circunstância alheia à vontade dos agentes, qual seja, o rápido afastamento da vítima do alcance daqueles, após haver percebido a sua aproximação.**

[...]

Diante desse quadro, é de ter-se por manifesto que se acercavam os agentes do ato final do sequestro e, conseqüentemente, por configurada a hipótese do crime tentado, sendo certo que, caso concretizada a privação da liberdade da vítima, já se estaria diante de crime consumado, independentemente da obtenção da vantagem pretendida, visto que inequívoca a intenção de exigência de vantagem econômica, como condição de resgate. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2003, p. 6-7, grifo nosso)

³ O crime de extorsão mediante sequestro, de acordo com o Código Penal, em seu art. 159, consiste em: "Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate [...]".

Em contraposição a esse entendimento, o Ministro Sepúlveda Pertence, que foi voto vencido, argui: “[...] Entendo que o caso, pedindo vênias, é acadêmico, de atos preparatórios, por mais grave que seja o crime cogitado.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2003, p. 8)

Em resposta ao referido Ministro, a Ministra Ellen Gracie argumenta:

Ministro Sepúlveda Pertence, só uma ponderação: a assemelhação feita por V. Exa. a homicídio, parece-me estar correta naquela hipótese de, desferido o tiro, a vítima abaixar-se e não ser alcançada a bala. O caso-sequestro é diverso. A atuação delituosa já está em andamento, quer dizer, os agentes aproximam-se do carro, e a vítima consegue enxergá-los pelo retrovisor — coisa rara de acontecer, pois normalmente as pessoas são surpreendidas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2003, p. 8)

Nota-se que, no caso em questão, não houve de modo explícito aplicação de qualquer teoria.

Contudo, percebe-se, com a divergência, que o ministro vencido entendeu ser certa a aplicação da teoria objetivo-formal. Pois depreende-se que ele entendeu ser necessário, para configuração da tentativa, iniciar a ação do verbo “sequestrar” (o privar a liberdade de alguém) de modo consoante à visão da teoria objetivo-formal, ou seja, de um modo restrito; e, somente assim, se os agentes não obtivessem sucesso, é que estaria configurada a tentativa.

Por outro lado, a resposta da Ministra Ellen Gracie justifica o porquê do entendimento da maioria da Primeira Turma. A partir da resposta dada, percebe-se que a teoria que mais se assemelha a essa justificativa é a objetivo-material, pois a explicação faz entender que para os casos de homicídio a aplicação da teoria objetivo-formal é válida; contudo, nos casos de sequestro, aguardar um pouco mais o início do sequestro é algo que já consumaria o ato. Nesse sentido, essa ampliação da abrangência do verbo nuclear é compatível com as teorias objetivo-materiais, que surgiram de forma a complementar a aplicação da teoria objetivo-formal, adequando a aplicação da lei à vontade do legislador ao positivar o instituto da tentativa. Ou seja, no entendimento da citada turma, estava-se aplicando a teoria objetivo-formal, entretanto, sem se aperceber, essa turma já estava fazendo uso da teoria objetivo-material como forma de complementação à teoria objetivo-formal.

Desse modo, conclui-se que, neste julgado, a Primeira Turma do STF aplicou a teoria objetivo-material entendendo estar aplicando a teoria objetivo-formal.

4.2.2 O Habeas Corpus 122.791/MS (2015)

O *Habeas Corpus* nº 122.791, do Mato Grosso do Sul, foi da relatoria do Ministro Dias Toffoli, e foi julgado, no dia 17 de novembro de 2015, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sendo a votação por unanimidade. A ementa foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal nº 62, de 06 de abril de 2016.

Trata-se de caso peculiar sobre hipótese de tráfico interestadual de substância entorpecente (art. 33, caput, c/c o art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06)⁴, em que a impetrante alega que essa causa especial de aumento de pena não teria sido aplicada de maneira correta, pois o agente adquiriu a substância entorpecente no mesmo Estado em que foi preso, entendendo ser:

“imprescindível que haja a efetiva transposição de fronteiras entre dois ou mais Estados da Federação, mesmo que supostamente esteja comprovada a intenção de levar a droga para outro Estado. Caso contrário, estar-se-ia apenas a intenção, algo de que não se ocupa o Direito Penal nos termos do brocardo *cogitationis poenam nemo partitura*” [sic] (fl. 5 da inicial [...]). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 2)

Ainda, o agente foi preso por portar substância entorpecente dentro de um meio de transporte público com destino a outro Estado da Federação, o que — de modo correto — considerou-se como crime de tráfico de drogas, ademais, em relação a causa especial de aumento, considerou-se o agente como em ato de execução em relação a transposição de fronteira interestadual.

Apesar de não ser um caso clássico de hipótese de tentativa, o que interessa para esta pesquisa é a discussão sobre se a causa especial de aumento se aplicaria ao caso, não pela causa de aumento, mas pelo fato de essa discussão ter feito com

⁴ “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: [...]

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...] V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;”

que o ministro relator empregasse teorias relativas ao início da execução na argumentação de seu voto, o que demonstra uma aplicação dessas teorias no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, malgrado o caso tratar-se de um crime consumado, a circunstância da causa especial de aumento foi debatida e decidida fazendo-se uso das teorias relativas ao início da execução do crime. Nesse sentido, entendeu-se que, por conta dessa recepção pelo STF de teoria relativa ao início da execução do crime, este julgado deveria ser analisado neste trabalho.

O voto do Ministro Relator é no sentido de o tráfico (art. 33, da Lei nº 11.343/06) estar consumado e a causa de aumento caracterizada, posto que, conforme jurisprudência do STF referida por ele, não há a necessidade de transposição de fronteira, da mesma forma que no tráfico internacional. Foi considerada inequívoca a intenção do agente em promover o transporte da droga de Mato Grosso de Sul para o Mato Grosso, visto que o mesmo se encontrava em um transporte público com passagens com destino para o outro Estado da Federação.

O caso estaria resolvido, se o Ministro Marco Aurélio, que também entende o crime de tráfico estar consumado, não levantasse a questão de se “a causa de aumento seria tentada.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 10) Sugestionando ainda que “seria uma causa de aumento decorrente da simples intenção.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 11)

É neste ponto que surge oportunidade para o debate, para o qual o Ministro Luiz Fux traz, em seu voto-vista, argumentação acerca das teorias que tratam da diferenciação entre atos preparatórios e atos executórios. A questão que se levanta, então, é para saber:

[...] a partir de qual momento da execução do delito de tráfico de drogas incide a causa de aumento referente ao tráfico interestadual, estabelecida no art. 40, V, da Lei 11.343/2006, cuja redação é a seguinte:

“Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 18)

No caso em questão, resulta certo de que a Primeira Turma do STF recepcionou expressamente a teoria objetivo-individual, pois não é outro o entendimento que se pode extrair dos trechos do voto-vista do Ministro Luiz Fux:

[...] **Atualmente, é dominante uma teoria intermediária ou mista** que, partindo da descrição legal da ação típica, atende, em primeiro lugar, à 'imagem' que o próprio autor do delito tem do curso dos acontecimentos (plano do autor) e logo, de acordo com essa imagem, o comportamento realizado está tão estreitamente ligado à ação típica que praticamente não há etapas intermediárias essenciais para por em atividade imediata sua realização (**teoria objetiva-individual**). [...]

A utilização, no art. 16,1, da expressão 'diretamente por fatos exteriores' evidencia que o plano do autor é decisivo na medida em que se manifeste no exterior e seus atos estejam em conexão direta com a execução do delito. É dizer: uma vez mais se aceita como ponto de referência e partida o plano do autor, mas na medida em que se manifesta em fatos exteriores que diretamente se possam qualificar como atos executivos do correspondente tipo delitivo. [...]” (BITENCOURT, MUÑOZ CONDE, 2000, p. 452/453). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 21-22)

Após referência a Muñoz Conde, o Ministro Luiz Fux toma essa argumentação como premissa (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 22) e prossegue no voto.

O Ministro Luiz Fux, então, por primeiro, questiona quando tem início a execução da pena de aumento que constitui o tráfico interestadual, para depois asseverar que:

[...] a compra do bilhete de transporte interestadual poderá ser considerada ato preparatório ou já poderá ser um ato de execução, a depender da prova produzida. Por fim, entrar no veículo de transporte interestadual, ou estar dirigindo na estrada que leva a outro Estado da Federação, portando a droga, deverá, necessariamente, se considerado ato executório. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 23)

Como, neste caso, o agente estava com passagens com destino ao outro Estado da Federação, correto o entendimento de que, sob a ótica da teoria objetivo-individual ele já estava executando a transposição de fronteiras. Pois, se na teoria objetivo-formal, por ser a mais restritiva, seria necessária a transposição da fronteira, a objetivo-individual só necessita dos atos objetivos imediatamente anteriores ao núcleo do tipo em conformidade com o plano do autor. Sendo que, nesse caso, estar com a droga no transporte público com destino ao outro Estado da Federação já é executar causa de aumento de pena, pois, assim como no exemplo mencionado no segundo capítulo desta obra, já se encontra em execução criminosa a mulher que deixa o prato envenenado pronto ao marido para que ele próprio se sirva. Da mesma forma, o sujeito ao entrar no ônibus, só necessita de aguardar sentado que a

consumação irá ocorrer. Nesse sentido, se fosse se tratar de um tipo penal em separado, seria, assim, uma aplicação correta da teoria objetivo-individual.

Contudo, fica o questionamento acerca do cabimento de tentativa a uma causa de aumento. Para o Ministro Luiz Fux:

[...] não há de se falar em “tentativa”, pois o vocábulo “caracterizado” se aperfeiçoa instantaneamente, com a simples reunião das características que o identificam, não dependendo de um resultado externo. Além disso, quando evidenciado o transporte da droga, a consumação se protraí no tempo, de modo que a consumação é permanente – a permitir o flagrante durante a execução desse transporte. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 24)

Nesse momento ele, aparentemente, cometeu um erro. Pois, se o vocábulo “caracterizado” se aperfeiçoa instantaneamente e não há falar em tentativa, não é adequado também falar-se em atos executórios, visto que se o momento já é de consumação, não mais haverá execução, não havendo razão também, portanto, para aplicação da teoria objetivo-individual. Melhor seria, então, entender que a causa de aumento de pena do inciso V, do art. 40 da Lei 11.343/2006 consuma-se assim que “caracterizada” a interestadualidade do delito, que ficaria a critério da jurisprudência definir sob a possibilidade de ela ocorrer antes ou depois que seja transposta a fronteira.

Para além dessas polêmicas, malgrado a teoria objetivo-individual ter sido utilizada em causa especial de aumento, no julgado fez-se análise do caminho do crime de forma a buscar distinguir entre atos preparatórios e executórios. Dessa maneira, este julgado revelou que o STF aceitou a recepção da teoria objetivo-individual, pois apesar da contraposição do Ministro Marco Aurélio, nenhum dos Ministros — inclusive o Ministro Marco Aurélio — fez questionamentos relativos à aplicabilidade da teoria objetivo-individual no Direito brasileiro. Nesse sentido, pode-se dizer que a teoria objetivo-individual foi recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro pelo STF.

4.2.3 A síntese da análise sobre a jurisprudência do STF

Poucos são os julgados do STF que dizem maior respeito ao início da execução do crime. Entretanto, dos casos que mais se destacaram, percebe-se que

há uma aceitação das teorias objetivas mais amplas, quais sejam, a teoria objetivo-material, em 2002, de modo implícito, e a teoria objetivo-individual, em 2015, de modo explícito.

Nesse sentido, percebe-se um caminhar que sai da visão, mais antiga e restritiva, da teoria objetivo-formal para a aceitação das teorias objetivas mais modernas e abrangentes, que são as teorias objetivo-material e objetivo-individual.

4.3 A APLICAÇÃO DAS TEORIAS RELATIVAS AO INÍCIO DA EXECUÇÃO DO CRIME NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

4.3.1 O *Habeas Corpus* 16.153/RJ (2001)

O *Habeas Corpus* nº 16.153, do Rio de Janeiro, foi da relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, e foi julgado, no dia 04 de setembro de 2001, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sendo a votação por unanimidade. A ementa foi publicada no Diário da Justiça da União, de 27 de maio, de 2002, na página 200.

Trata-se de hipótese de tentativa de estelionato⁵. Conforme transcrição da denúncia no voto do Ministro Relator:

O MINISTÉRIO PÚBLICO [...] vem oferecer denúncia [...] pelo seguinte fato delituoso:

Em abril de 1999, a denunciada MICHELLE, empregada da Pluricell [...] Ltda., [...] comunicou ao patrão Javier Alberto Litman o desaparecimento da importância de R\$ 155,00, guardada em sua gaveta à chave, destinada ao pagamento de uma conta, não sabendo a quem responsabilizar o fato. Nessa época o empregador, percebendo que estavam ocorrendo outros desvios de valores na Pluricell, instalou um sistema de circuito interno de TV, visando comprovar a prática delituosa levantada pela contabilidade.

Tal sistema permitiu a Javier certificar-se de que as denunciadas recebiam pagamentos de clientes, escondiam no interior de agendas particulares e dirigiam-se à copa, onde promoviam a divisão, tudo gravado em fitas de vídeo.

Quando as denunciadas - todas empregadas da empresa - perceberam que seriam desmascaradas, e visando extorquir futuramente o empregador, sabedoras do local onde se encontravam instaladas as câmeras, simularam momentos de privacidade, próximo ao banheiro feminino, levantando as roupas e exibindo peças íntimas, a fim de serem filmadas, simulando que o empregador as estava surpreendendo em ocasiões de privacidade, dentro do banheiro.

⁵ O crime de estelionato, de acordo com o Código Penal, em seu art. 171, consiste em: "Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: [...]".

No dia 24/5/1999, por volta das 17,00 horas, no interior da empresa, RENATA, previamente ajustada com as demais, subtraiu as duas fitas de vídeo que exibiam aquelas cenas adrede preparadas, inclusive com o fim de evitar que o empregador assistisse às cenas de subtração e partilha dos valores anteriormente desviados por elas.

Ato contínuo, para justificarem a subtração, as denunciadas ofereceram uma *notitia criminis* junto ao DEAM, no dia 15/6/1999, imputando a Javier a prática de voyeurismo, gravando cenas íntimas das empregadas.

Inobstante, o laudo pericial concluiu que a visão do interior do vestiário somente é possível se a porta do mesmo permanecer aberta, não sendo possível ver-se o interior do banheiro vestiário.

As denunciadas também promoveram uma Reclamação Trabalhista contra Javier, aos 25/7/1999, na 60ª JCJ para despistar.

Agiram as denunciadas consciente e voluntariamente, com o dolo próprio da espécie, em concurso e unidade de desígnios, tentando obter, pra si, indevida vantagem representada por valor a ser recebido em ação indenizatória que promoveriam em face do patrão, mediante o ardil de imputar-lhe falsamente invasão de privacidade, simulando cenas íntimas em locais onde se encontravam instaladas as câmeras, fazendo crer que tais cenas se passavam no interior do banheiro, acreditando induzir em erro quem assistisse às fitas, não logrando êxito na empreitada por motivos alheios à sua vontade, vez que a perícia desmascarou a farsa montada, da forma descrita, praticando o delito de tentativa de estelionato em concurso.

Estão, assim, incursas nas penas do art. 171 caput c. c. 14, II n/f 29 do CP. (...)" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2002, p. 4-5)

Resumiu os fatos o Ministro Relator, da seguinte forma:

Ao que se tem, as pacientes, empregadas de estabelecimento comercial monitorado por câmeras de vídeo, são acusadas de simularem cenas privadas, exibindo suas peças íntimas, para, com o conteúdo das fitas gravadas, após subtraídas, obterem, mediante ação de indenização por danos morais, porque vítimas de voyeurismo, vantagem indevida em prejuízo do patrão, induzindo em erro, para tanto, o magistrado a quem a causa seria distribuída. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2002, p. 5)

Neste caso, resulta explicitamente clara a utilização da teoria objetivo-formal pelo STJ, conforme se vê no voto do Ministro Relator, abaixo transcrito:

Acerca da tentativa, aliás, causa de adequação típica mediata, confira-se o magistério do Professor Damásio Evangelista de Jesus, in "Direito Penal", 1 o volume, Parte Geral, 22a edição, revista e atualizada, 1999, Editora Saraiva, página 330, verbis:

"Exigindo a lei atos de execução, não aceitou a teoria subjetiva ou voluntarista, que se contenta com a exteriorização da vontade através da prática de atos preparatórios; nem com a sintomática, que se satisfaz simplesmente com a periculosidade subjetiva manifestada. Foi aceita a teoria objetiva, exigindo um início típico de execução." [...]

Não é outro, acrescente-se, o entendimento do Professor Júlio Fabbrini Mirabete, in "Código Penal Interpretado", Editora Atlas, 1999, página 144, verbis:

"Os atos de execução, ou executórios, são os atos materiais dirigidos diretamente à prática do crime. Para distinguir entre atos preparatórios e atos de execução, a lei adotou o critério do início [sic] da realização do tipo, formal, em que se dá o reconhecimento da execução quando se inicia a realização da conduta núcleo do tipo."

Tem-se, portanto, que, para o reconhecimento da tentativa de estelionato, mostra-se imprescindível tenha o agente iniciado a conduta fraudulenta o que, na hipótese, consistiria no ajuizamento da ação no Juízo Cível, na busca da obtenção da vantagem indevida, não afirmada pela denúncia.

Nesse sentido, novamente o magistério de Mirabete: "Nada impede a tentativa, que ocorre quando, apesar da fraude, o agente não consegue obter a vantagem indevida. " (in "Código Penal Interpretado", Editora Atlas, 1999, página 1.107, [...]) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2002, p. 5)

O voto do Ministro Relator, ao frisar a doutrina de Mirabete, que é claramente formal, torna explícita a adoção da teoria objetivo-formal neste julgado pelo STJ, principalmente quando menciona que a fraude, que deve levar à obtenção da vantagem indevida, deve ser realizada e, apesar da realização da fraude, ainda assim, o agente deve não conseguir obter a vantagem indevida.

O induzimento em erro é uma espécie de artil ou de fraude que, se for tentado, porém resultar inexitoso, ele, por si mesmo, não será um crime. Tentar induzir em erro não é considerado como ato executório do crime de estelionato, sob a ótica da teoria objetivo-formal. O tentar obter vantagem (mediante indução em erro) é o que se deve considerar por ato executório nesse caso.

Caso fosse utilizado um alargamento para os atos imediatamente anteriores aos elementos nucleares do tipo penal, o tentar induzir em erro poderia ser considerado como tentativa de estelionato, pois, primeiramente o agente induz em erro e, passo seguinte, obtém (ou não) a vantagem, que é o verbo nuclear do tipo penal estelionato ("obter").

Assim, é interessante perceber que a consumação do crime de estelionato se dá com a obtenção da vantagem mediante fraude e não com a fraude por si mesma. Se o induzimento em erro, por si mesmo, fosse o estelionato, a obtenção da vantagem seria mero exaurimento.

Nesse sentido, dentro da ótica da teoria objetivo-formal, é necessário que se induza em erro e, mediante ela, se **tente obter** a vantagem ilícita. O que, no caso em questão, não ocorreu, devido ao não ajuizamento da ação no Juízo contra o

empregador acusado de voyeurismo, pois este ajuizamento contra o empregador seria que o que daria a possibilidade de obtenção da vantagem ilícita.

Não se pode levar em consideração o ajuizamento da Reclamação Trabalhista, pois não necessariamente possuía vínculo com a fraude, não necessitando as agentes do arдил relacionado ao voyeurismo para conseguir obter eventual vantagem ilícita por meio da Reclamação Trabalhista, a qual não se sabe ser parte de ato ilícito ou não, posto que desconhecido seu teor e razões.

Dessa forma, conclui-se que, neste julgado, a Sexta Turma do STJ, aplicou a mais restritiva das teorias objetivas, a teoria objetivo-formal.

Este acórdão foi citado como precedente no acórdão *Habeas Corpus* 41.621/RJ, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado no dia 06 de dezembro de 2005, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que será objeto do item seguinte.

4.3.2 O Habeas Corpus 41.621/RJ (2005)

O *Habeas Corpus* nº 41.621, do Rio de Janeiro, foi da relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, e foi julgado, no dia 06 de dezembro de 2005, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sendo a votação por unanimidade. A ementa foi publicada no Diário da Justiça da União, de 10 de abril, de 2006, na página 238.

Trata-se de hipótese de tentativa do antigo crime de atentado violento ao pudor⁶, atualmente incorporado ao crime de estupro, desde 2009. O atentado violento ao pudor constitui-se de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diversos da conjunção carnal. Na denúncia, o crime era de atentado violento ao pudor (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 2), porém, na decisão do Tribunal de origem foi considerado como tentativa de estupro (nos termos da redação do CP à época) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 4). Independentemente, os atos

⁶ O atentado violento ao pudor, conforme a redação do Código Penal anterior à Lei nº 12.015/2009, em seu art. 214, agora revogado, consistia em: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal [...]”.

tidos por cometidos podem também ser entendidos como crime de estupro, nos termos da redação atual que consta no CP.

Baseando-se na justificativa do acórdão do Tribunal de origem quanto aos fatos, que relata haver “dúvida”, o STJ removeu a condenação por tentativa. Veja-se a síntese dos relatos dos fatos juntamente com a justificativa mencionada:

O que a prova deste processo moldou no meu livre convencimento foi que, de fato, a casa onde a ofendida Neuza morava com sua mãe Maria Izabel era um local aonde os homens do lugar iam, mediante pagamento de R\$ 5,00 a R\$ 10,00, manter relações sexuais tanto com Maria Izabel como com a filha desta, portadora de deficiência mental e quem a mãe, como diversas testemunhas disseram, “costumava vendê-la”. Por ser esse fato de amplo conhecimento da cidade, os apelados, no dia dos fatos e depois de terem ido ao circo e bebido, ao chegarem na tal casa verificaram que Maria Izabel ali não se encontrava e, mesmo assim, resolveram satisfazer seus instintos sexuais com a ofendida, acontecimento que neste momento o processo mostra-se nebuloso sobre se, de fato, houve o crime sexual ou se este, ante a resistência ofertada pela vítima e que se comprova pelo laudo de lesões corporais, manteve-se na esfera da tentativa.

Diante desta dúvida é que inclino a minha decisão no sentido de indicar tenham os delitos atribuídos aos apelados, e descritos na denúncia como de “relações sexuais”, permanecido na esfera da tentativa, e que os aponto como o definido no art. 213 do C. Penal, ante a narrativa de peça inicial do M. Público. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 4-5)

Após essa menção a trecho do voto condutor do acórdão do Tribunal de origem, o ministro relator do STJ assim expôs:

Verifica-se, assim, com a leitura dos fundamentos do voto condutor acima transcrito, que o Tribunal *a quo* optou pela condenação na forma tentada diante da dúvida quanto à prova da materialidade do delito imputado na denúncia. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 5)

Mais adiante, desta maneira, fundamentou o ministro relator do STJ o seu voto:

É sabido que, à luz da jurisprudência dominante, a ausência de exame de corpo de delito, quando impossível de ser realizado, pode ser suprida diante do conjunto das demais provas carreadas aos autos, o chamado exame de corpo de delito indireto. Todavia, conforme registrado na sentença e no acórdão, os depoimentos testemunhais são frágeis e contraditórios, tanto que o relator não teve como deixar expressa a sua dúvida quanto à efetiva ocorrência de conjunção carnal, tanto que optou pela condenação na forma tentada, motivo pelo qual se torna ilegal o decreto condenatório por crime de estupro tentado.

Assim sendo, correta foi a sentença, que se limitou a adequar a conduta dos pacientes ao que restou devidamente comprovado nos autos por meio de laudo pericial e depoimentos testemunhais, condenando-os somente pelo

delito de lesões corporais previsto no caput do art. 129 do Código Penal. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 6)

Se verificados com maior minúcia os escritos do voto condutor do acórdão do Tribunal de origem, perceber-se-á que a dúvida era sobre se o crime foi consumado ou tentado, não sobre a ocorrência de tentativa ou de atos preparatórios ou atos outros que não configurem um *iter criminis* no sentido do crime de estupro ou de atentado violento ao pudor. Deveras, o Tribunal de origem considerou, dos fatos, a ocorrência de, no mínimo, tentativa, ficando em dúvida somente quanto à efetiva consumação criminosa.

Para além de se revolutear sobre a decisão do Tribunal de origem e para além de se revolver a decisão no acórdão do STJ que removeu a condenação por tentativa de estupro diante de “dúvida quanto ao início típico da execução do comportamento punível [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 5) que “[...] não autoriza a condenação por tentativa de estupro [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 5) e de que “[...] o voto condutor do acórdão impugnado nem mesmo demonstrou em que ponto o processo executório do crime atribuído na denúncia foi interrompido por circunstâncias alheias à vontade dos pacientes” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 5), importa nesta pesquisa perceber o posicionamento adotado pelo STJ acerca das teorias utilizadas para orientar o início da execução do crime.

Nesse sentido, no julgado, encontra-se menção nítida à adoção da teoria objetivo-formal, conforme referência feita a Delmanto no voto do ministro relator, *in verbis*:

Dessa forma, mesmo considerando que o *iter criminis* é composto de cogitação, atos preparatórios, atos de execução e consumação, segundo Celso Delmanto, “Na prática, é importante observar o verbo (núcleo) que indica o comportamento punível, para verificar se houve ou não tentativa. Nem a cogitação do crime nem os atos preparatórios são puníveis, em vista do critério do art. 14, inc. II, do Código Penal” (Código Penal Comentado, 6ª ed., Ed. Renovar, p. 25) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 5)

É clara a alusão à teoria objetivo-formal por conta da menção à observância do verbo nuclear.

Inclua-se como reforço de entendimento o fato de, no julgado (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 5-6), ter-se também referido à adoção da “teoria objetiva” pelo Código Penal mediante citação a Jesus, que afirmava, àquela época — hoje com entendimento diverso —, a execução do crime exigir um início típico de execução.

O argumento de que a teoria adotada neste julgado é a objetivo-formal também é reforçado quando se percebe que nele foi citado como precedente outro julgado no qual também se adere à teoria objetivo-formal, o HC 16.153/RJ, Min. Rel. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 04/09/2001, que também é objeto de análise nesta obra.

Portanto, mesmo não sendo claros os fatos do *iter criminis* no caso em questão, a Quinta Turma do STJ revelou nele seu entendimento à época, que é de adoção da teoria objetivo-formal.

4.3.3 O Habeas Corpus 112.639/RS (2009)

O *Habeas Corpus* nº 112.639, do Rio Grande do Sul, foi da relatoria do Ministro Og Fernandes, e foi julgado, no dia 25 de agosto de 2009, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sendo a votação por unanimidade. A ementa foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, de 28 de setembro, de 2009.

Trata-se de hipótese de tentativa de roubo circunstanciado⁷, em que os agentes, que já estavam sendo monitorados há tempos pela polícia, foram abordados e presos a sete metros de distância da porta da instituição bancária que pretendiam roubar.

⁷ O crime de roubo, tipificado no art. 157, do CP, constitui-se de: “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: [...]”. Ocorrendo na forma circunstanciada ou qualificada (art. 157, §2º): “I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância; IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.”

No seu voto, o ministro relator transcreveu partes do acórdão do tribunal de origem, afirmando que, nesse acórdão, já havia se concluído, de modo fundamentado, que, no caso em questão, ocorreram atos executórios. Abaixo, destacaram-se os trechos de maior relevância para esta pesquisa e que serão analisadas nos parágrafos seguintes. Veja-se a narrativa dos fatos seguida da justificativa de o caminho do crime percorrido pelos agentes já ter atingido a etapa dos atos executórios:

[...] Do mesmo modo, seguiram os réus desde o momento em que dois deles se encontraram em uma praça, na cidade de Canoas, até o ensejo no qual iniciaram a execução do ilícito, que não se confirmou pela intervenção policial. Cabe registrar que face às degravações das conversas efetivadas entre os acusados (fls. 357/358 e 745/749), resta **nítido o propósito delitivo**, revelando ditas comunicações o agir organizado que envidavam, estudando a melhor forma de desempenharem o crime. Retome-se que as degravações revelaram que os acusados já há muito estudavam a cena do crime, planejando organizadamente a empreitada delitiva, inclusive as circunstâncias e dia em que sucederia o evento. Estudaram os hábitos da agência bancária, a maior hora de fluxo de clientes no caixa eletrônico e o comportamento do segurança encarregado de cuidar da porta giratória.

Após esgotarem tal fase, deram início aos atos de execução propriamente ditos: dois dos réus lograram se encontrar em uma praça na cidade de Canoas e rumaram ao local do crime em um carro. Não se sabe, com certeza, como os demais lá aportaram, mas todos os agentes encontraram-se e trocaram de carro, estacionando os veículos em ruas adjacentes, para facilitar a fuga. Ao depois, caminhando, rumaram à agência do Banco do Brasil para a perpetração do crime. Um dos acusados carregava consigo duas armas de fogo em uma pasta.

Após tal desenrolar, quando já estavam praticamente na porta de acesso da agência bancária, a polícia, como se viu dos depoimentos dos agentes de segurança envolvidos na prisão, deliberou interceptá-los, evitando, assim, expor à vida dos demais cidadãos, já que se tratava de quadrilha organizada e audaz que, inclusive, por ocasião de outro fato delitivo assassinou sumariamente um vigia. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 7-8)

Pode-se perceber que os agentes foram presos antes de adentrarem na agência. Eles seguiram em direção à frente da agência, pararam, seguiram novamente adiante, depois pararam novamente, momento em que foram abordados. É o que se retira de outro excerto extraído dos autos e mencionado no voto do relator:

[...] Lá chegando, e sob monitoramento de policiais (vide depoimentos de fls. 12/18 do APF e depoimentos ora juntados), desceram dos veículos e dirigiram-se para a frente da agência bancária, quando pararam e logo a seguir, seguiram adiante, parando novamente poucos metros após, oportunidade em que foram abordados e presos pelos policiais que os

estavam monitorando, circunstância alheia às suas vontades. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 4)

Nesse sentido, questiona-se se os agentes, por ainda estarem parados, apesar de mais próximos da agência, já estavam em atos de execução.

A primeira justificativa mencionada foi a de evitar expor (a perigo/risco) a vida dos cidadãos que por ali se encontravam, em virtude de um potencial tiroteio. É o que se extrai de porção inicial omitida da citação acima transcrita e destacada, em razão de sua extensão:

O policial civil [...] Referiu ter havido deliberação no sentido [de] deter os acusados antes de entrarem na agência bancária, de sorte a evitar um possível tiroteio. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 6)

Contudo, percebe-se pela justificativa à intervenção policial naquele momento, que a outra razão de terem abordado os agentes foi devido a periculosidade dos agentes, conforme se vê neste trecho:

[...] deliberou interceptá-los, evitando, assim, expor à vida dos demais cidadãos, **já que se tratava de quadrilha organizada e audaz que, inclusive, por ocasião de outro fato delitivo assassinou sumariamente um vigia.** [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 8)

Essa justificativa adotada, conforme visto no segundo capítulo desta obra, é fortemente vinculada à teoria sintomática, que considera a periculosidade do sujeito agente para relevância e consideração dos atos serem ou não tidos por executórios. Toma-se o sujeito como elemento diferenciador, em divergência às teorias objetivas, nas quais considera-se somente os atos exteriorizados no caminho do crime, ou, no caso da teoria objetivo-individual, que possui elementos subjetivos, o plano do autor, mas nunca o autor em si mesmo.

Na sequência, após a anterior narrativa e justificativa, segue continuação da justificativa de maneira mais teórica, embasada em doutrina:

Vale ponderar que, hodiernamente, em certos casos, vem se abandonando a noção clássica de tentativa, consagrada pela teoria objetivo-formal, que exige a prática de verbos nucleares do tipo para se poder falar em início de execução. Não se pode esperar venha o agente a executar a ação delineada no tipo para tão-somente nesse caso interromper sua atividade, restando configurado o tentame. Imagine-se o caso de alguém que saca uma arma de fogo com o escopo de lesionar outrem, alardeando que atingirá o alvo em suas pernas. Somente se poderia falar em início de execução quando, apontado o artefato, desferisse o agressor o primeiro

disparo, porque somente assim teria produzido ação capaz de atingir a integridade física da vítima. Antes do primeiro tiro, a ação do agressor não teria potencialidade lesiva e não se amoldaria à figura do crime de lesões corporais.

Por essa razão, crescente a aplicação das teorias objetiva-materiais, que afirmam o início de execução do crime como sendo caracterizado pela prática de atos que, **segundo a experiência comum**, revelam **inequivocadamente** venha a conduta do agente a acabar por se amoldar a elementares típicas de um ilícito.

E essa concepção moderna atenta aos ditames do Código Penal, porquanto nosso diploma repressivo fala em início de execução do crime, não em início de execução das elementares típicas. Deve-se deixar de lado a idéia formatada de conceito de delito. Hoje as ações criminosas estão cada vez mais especializadas, não se podendo esperar, sob pena de dar azo à impunidade, que venham os agentes a iniciar a execução das elementares típicas. Há determinados casos, tal como o retratado nos autos, nos quais fica claro que da ação dos agentes, interrompida por motivos externos a sua vontade, resultaria a consecução de um ilícito.

Neste sentido refere a doutrina. Guilherme Nucci, comentando acerca da teoria objetivo-material anota o seguinte:

(...) vêm crescendo na prática dos tribunais, especialmente porque, com o aumento da criminalidade, tem melhor servido à análise dos casos concretos, garantindo punição a quem está em vias de atacar o bem jurídico, sendo desnecessário aguardar que tal ser realize, desde que se tenha prova efetiva disso. (...) Não se trata de punir a intenção do agente, pois esta estaria consubstanciada em atos claros e evidentes de seu propósito (...). [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 8-9, grifo nosso)

Como se percebe, nessa decisão do acórdão do Tribunal de origem, explicitamente, alega-se uso das teorias materiais. Mais precisamente, indo às fontes, a decisão fez alusão à teoria objetivo-material e à objetivo-individual, pois os trechos citados de Nucci são do momento em que esse doutrinador comenta acerca dessas duas teorias, em dois parágrafos, que podem ser encontrados em NUCCI, 2013a, p. 343. — Saliente-se que as remissões às fontes não podem ser encontradas no acórdão do STJ, cujas citações não seguiram parâmetros formais suficientemente adequados para encontrá-las.

Importante, neste momento, é analisar se as teorias referidas no acórdão do Tribunal de origem, ratificado pelo STJ, foram efetivamente aplicadas.

O trecho “[...] segundo a experiência comum [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 8) é mencionado na doutrina de Nucci (2013a, p. 343), ao citar o Código Penal português, que, segundo Nucci, faz uso da teoria objetivo-material, que expressamente diz que nos atos de execução incluem-se “os que, segundo a

experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.” E essas alíneas anteriores são a) “os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime”; e b) “os que forem idôneos a produzir o resultado típico”.

Nesse sentido, respectivamente, seriam: a) esperar que após os atos sigam elementos constitutivos do crime, o que pode-se perceber como uma alusão a imediatez da teoria objetivo-material ante os atos nucleares do tipo penal; e b) os atos anteriores aos que seriam idôneos a produzir o resultado típico, o que também é uma alusão à imediatez, porém, naqueles delitos que permitem que faticamente, sob a ótica da teoria objetivo-formal, haja tentativa ao invés de uma instantânea consumação do crime ao executar o verbo nuclear do tipo penal.

A menção a “inequivocadamente”, é relativa à teoria da univocidade, muitas vezes já tão incorporada aos atos executórios pela doutrina que acaba passando despercebida. É uma teoria que é compatível ou passível de complementariedade às teorias objetivas. Lembrando que ela foi um primeiro esboço, na busca de uma maior objetividade, de um critério diferenciador entre atos preparatórios e executórios. Entretanto, esse critério, isoladamente, não colabora em restringir a demasiada distância a que podem chegar os atos de execução em relação à consumação do crime, pois a inequivocidade pode e resulta ser comum de surgir ainda em atos claramente preparatórios.

Isso posto, percebe-se que este é um caso difícil de demarcar com precisão qual seria o ato imediatamente anterior àquele que executaria a ação do verbo nuclear de roubo. Pense-se que, certamente, o roubo estaria iniciado — mas não consumado — se os agentes estivessem dentro da agência e declarassem o assalto, posto que estariam tentando subtrair a partir de grave ameaça. Ato imediatamente anterior a esse, aparentemente, é o de adentrar na agência, pois poderiam entrar e sair dela sem anunciar o assalto. De outro modo, os agentes estarem fora da agência, em deslocamento a ela, poderia ser um ato imediatamente anterior ao início do roubo, se considerado o plano dos autores, onde o primeiro ato seria o de eles se deslocarem até a agência, e o outro eles anunciarem o assalto. Esse deslocar, nesse sentido poderia ser considerado um ato imediatamente

anterior ao que inicia a ação do verbo nuclear do tipo de roubo. Contudo, qual seria a distância a se considerar no deslocamento para que os atos fossem preparatórios (ou executórios)? 10, 20, 50, 100, 300 metros? Sem isso, pode-se, talvez, ampliar a extensão dos atos executórios de forma que essas teorias objetivas mais abrangentes não se diferenciem tanto das teorias subjetivas, onde a distinção entre atos preparatórios e atos executórios é claramente precária ou inexistente.

No caso em questão, é preciso lembrar que, no momento da abordagem, os agentes estavam parados. Assim, se eles já haviam iniciado a execução criminosa, não seria, então, o caso de uma desistência voluntária? Pode alguém estar em execução criminosa e estar parado quando este parar jamais poderia sequer colocar, vir a pôr, ou manter em risco o bem jurídico tutelado? Isso parece ser um tipo de caso que demanda das teorias objetivas uma melhor formulação, que responda aos anseios da sociedade contra a criminalidade e, ainda assim, mantenha um critério objetivo claro para que as pessoas não fiquem à mercê da falta de limites da lei.

Acerca do perigo ou risco ao bem juridicamente tutelado, um dos acusados portava uma valise com armas de fogo (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 7-8). Nesse sentido, as armas ainda estavam na maleta e, portanto, é uma distância a mais da consumação criminosa. Principalmente quando os exemplos da doutrina, comumente de casos de homicídio mostram que as teorias objetivas mais abrangentes costumam considerar início da execução o apontar da arma ou o saque com manifestação verbal da intenção. Assim, se a consumação do roubo é o subtrair mediante grave ameaça, faz-se necessária a grave ameaça para tentar a subtração, sob a ótica da teoria objetivo-formal. Ato imediatamente anterior a este, portanto, não pode ser o estar do lado de fora da agência com a arma ainda dentro de uma maleta, por mais que se tenha a intenção e se esteja preparado para cometer o crime. Ato imediatamente anterior seria o imediatamente anterior à grave ameaça, que poderia ser o adentrar (ou o tentar adentrar) na agência ou, após isso, o retirar a arma da valise.

Do ponto em que os agentes foram abordados, eles poderiam ter retornado e, sem jamais ter colocado em risco o patrimônio do banco ou das pessoas que ali se

encontravam, nada aconteceria. Da mesma forma eles poderiam entrar no banco com as armas e saírem, contudo, estes atos já seriam atos imediatamente anteriores.

Ademais, pode-se afirmar que os agentes no momento em que foram presos “estavam roubando um banco”? Aparentemente, pela “concepção natural” ou “segundo a experiência comum”, um observador comum não chegaria a ponto de afirmar tal coisa, mas sim que eles iriam roubar ou estavam prestes a roubar, sem ter iniciado o roubo ainda.

Para reforço de argumentação, pense-se: se os agentes forçassem a porta do banco e não entrassem nele, já estariam iniciando o roubo? Antes de forçar a porta eles estão do lado de fora como qualquer outro transeunte. Sob o raciocínio aparentemente empregado no acórdão do STJ, se qualquer transeunte nas proximidades do banco, que esteja armado e decida, por um instante, roubar o banco, e se dirija até o banco e depois pare a 3 metros da porta, ele já estaria incorrendo em tentativa. Será que isso já não é extrapolar os limites das teorias objetivas?

Este é um caso complexo, em que se alegou uso das teorias objetivas mais abrangentes (objetivo-material e objetivo-individual) para considerar os atos como executórios. Entretanto, tais atos estão mais para atos preparatórios, sob a ótica das teorias objetivas. Principalmente quando se percebe que o exemplo dado pelo doutrinador, Nucci (2013a, 344), utilizado como base de fundamento no julgado, em que, num caso de furto, o agente ficou preso na chaminé de uma padaria e confessou querer furtá-la; e que, nesse caso, o ingressar no estabelecimento foi considerado como ato imediatamente anterior à subtração. Portanto, não parece ser outro o raciocínio, no caso do HC 112.639/RS, de que deveriam os agentes adentrar na instituição bancária para esse ato ser, então, considerado, tecnicamente, como início de execução do crime de roubo.

Dessa forma, frente a este julgado da Sexta Turma do STJ, conclui-se que a alegação no julgado é de que se fez uso das teorias objetivas materiais mais amplas. Contudo, condenaram-se os agentes por tentativa de roubo quando eles se

encontravam em atos preparatórios em relação a esse crime. Dessa forma, a teoria mais condizente com a condenação nessas circunstâncias é a teoria sintomática, que se tem por “superada” pelo ordenamento jurídico brasileiro e pelos de outros países (NUCCI, 2013a, 344). Assim, a Sexta Turma do STJ recepcionou de modo explícito teorias mais amplas do que a teorias objetivo-formal, porém, sem aperceber-se melhor aplicou a teoria sintomática, condenando atos preparatórios.

4.3.4 O Habeas Corpus 1.178.317/RS (2010)

O *Habeas Corpus* nº 1.178.317, do Rio Grande do Sul, foi da relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, e foi julgado, no dia 26 de outubro de 2010, pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sendo a votação por unanimidade. A ementa foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, de 13 dezembro, de 2010.

Trata-se de hipótese de tentativa de furto qualificado⁸, em que os agentes adentraram um estabelecimento comercial, mediante arrombamento, com o objetivo de subtrair bens. No momento do flagrante, os agentes estavam dentro do estabelecimento, porém se afirma que não chegou a ocorrer a inversão da posse, conforme passagem do acórdão do Tribunal de origem, citada no voto do Ministro Relator:

[...] os réus estavam somente observando os materiais que poderiam levar, não chegando a ter disponibilidade sobre a res, sendo que nenhum objeto saiu da esfera de vigilância da vítima, ou seja, nada chegou a ser retirado, sequer do pátio da empresa, embora óbvia a intenção de furto por parte dos recorridos.

Destarte, em não chegando a ocorrer a inversão da posse, sendo os réus surpreendidos e presos pelos policiais [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2010, p. 6)

Diferentemente da decisão do Tribunal de origem, que considerou os atos como preparatórios, a Quinta Turma do STJ decidiu por considerar os fatos narrados como atos executórios. Para embasar tal decisão recorreu-se à doutrina de Greco,

⁸ O crime de furto, de acordo com o art. 155, do CP, consiste em: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel [...]”. O furto será qualificado (155, §4º) quando cometido: “I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa; IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.”

nas lições sobre a teoria subjetiva e as teorias objetivas: formal e material. Expostas as teorias, argumentou-se que:

É de se ver que o CPB - ao definir, no seu art. 14, II, ser tentado o crime cuja execução foi iniciada, mas não se consumou - filia-se as teorias objetivas, pois insinua predileção pela separação entre atos preparatórios e atos executórios, o que não faz a teoria subjetiva.

E, pelas teorias objetivas, qualquer das ramificações que se adote, é ao menos um crime tentado o fato em questão. Por uma, a objetiva-formal, é necessário que se inaugure a realização de algum dos verbos nucleares da conduta delitiva, o que ocorreu, no caso, com a perpetração do arrombamento, componente do tipo derivado (furto qualificado por rompimento de obstáculo). Por outra, a objetiva-material, mais simples ainda a adequação do fato como tentativa de furto qualificado, uma vez que necessariamente o arrombamento que antecede a subtração vincula-se logicamente a esta e indica a iminente exposição do bem jurídico (patrimônio) a perigo. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2010, p. 8)

É notório que, sob a ótica da teoria objetivo-material, os agentes já se encontravam na etapa dos atos executórios relativa ao crime de furto qualificado.

Contudo, questiona-se se o arrombamento pode ser considerado como verbo nuclear do crime de furto qualificado, posto que o rompimento de obstáculo é um modo de ação que aumenta a pena do crime de furto, porém ainda se fazendo necessária a subtração. Iniciar a destruição de algum obstáculo estaria mais propriamente colocado em verbo nuclear do tipo penal do crime de dano. Sob a ótica da teoria objetivo-formal, somente a tentativa de subtrair é que tornaria os atos feitos até então como tentativa de crime de furto qualificado. Nesse sentido, até aquele momento, somente teria ocorrido crime de violação de domicílio.

Para além das obstações à aplicação da teoria objetivo-formal, conclui-se que neste julgado, a Quinta Turma do STJ adotou como passível de aplicação quaisquer das teorias objetivas, inclusive a objetivo-individual, que não foi mencionada no julgado, pois esta também é uma teoria objetiva, que, conforme a argumentação em questão, o Código Penal brasileiro permitiu adoção, posto que ela também busca diferenciar atos preparatórios de atos executórios, o que é característico das teorias objetivas.

4.3.5 O Habeas Corpus 125.315/TO (2012)

O *Habeas Corpus* nº 125.315, do Tocantins, foi da relatoria do Ministro Og Fernandes, e foi julgado, no dia 13 de novembro de 2012, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sendo a votação por unanimidade. A ementa foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, de 28 de novembro de 2012.

Trata-se de caso de hipótese de tentativa de homicídio⁹ contra uma criança. Conforme a descrição dos fatos tomada como legítima, a agente:

[...] sob pretextos diversos, dando falsas mostras de amizade, procurou a mãe da vítima, passando a visitá-la com frequência, tentando uma maior aproximação, relatando que também estava grávida e fazendo diversas perguntas acerca do impúbere, ocultando a sua real intenção criminosa.

Finalmente, no dia do crime, Betiane, dando início à execução criminosa, em companhia da adolescente acima referida, trazendo consigo uma injeção de "Furadan" escondida entre os seios, foi até a casa da vítima e pediu para a mãe do infante para segurá-lo, o que foi recusado pela mesma. Ato contínuo, a adolescente que acompanhava a denunciada relatou todo o plano à mãe de Higor, sendo este o único motivo da não consumação do delito. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2012, p. 8)

No referido dia, a agente estava com o veneno escondido nos seios, do qual bastaria uma única gota despejada na boca do infante para levá-lo a óbito.

A Sexta Turma do STJ deixou a decisão do caso para o Tribunal do Júri. Contudo, percebe-se aceitação implícita de teorias mais abrangentes do que a teoria objetivo-formal, pois se fez menção a essas teorias e foi feita ressalva de apesar de a teoria objetivo-formal ter grande prestígio, o caso concreto pode ganhar contornos diferenciados. Veja-se trecho extraído do voto do Ministro Relator:

Dentre as inúmeras teorias desenvolvidas com o objetivo de resolver a questão, destaca-se **a teoria objetiva, adotada pelo Código Penal Brasileiro, a qual se subdivide em várias correntes (teoria objetivo-formal, objetivo-material e objetivo-individual).**

⁹ O crime de homicídio, de acordo com o art. 121, do Código Penal, consiste em: "Matar alguém [...]". A sua forma qualificada ocorre quando o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime".

O Professor Guilherme de Souza Nucci, em seu Manual de Direito Penal, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 303, **embora reconheça o prestígio da teoria objetivo-formal**, afirma que:

(...) qualquer teoria, à luz do caso concreto, pode ganhar contornos diferenciados, pois tudo depende das provas produzidas nos autos do inquérito (antes do oferecimento da denúncia ou queixa, voltando-se à formação da convicção do órgão acusatório) ou do processo (antes da sentença, tendo por fim a formação da convicção do julgador). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2012, p. 6-7, grifo nosso)

E, mais adiante, conclui o voto afirmando que:

Assim, não há como acolher o pedido de absolvição do acusado. Isto porque, à luz das teorias adotadas pelos Tribunais Pátrios, os atos praticados pelos acusados talvez possam consistir em "início de execução", sendo certo, ainda, que o meio empregado ("Furadan" - veneno comumente utilizado para matar ratos), em tese, poderia produzir o resultado pretendido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2012, p. 12)

Nesse sentido, percebe-se que, apesar de não haver sido confirmado pela Sexta Turma do STJ que os atos eram executórios, não se tomou por certo que eles eram meramente preparatórios, o que reforça a possibilidade de aceitação e consequente aplicação das teorias mais abrangentes do que a objetivo-formal pelo STJ.

Em análise mais profunda, no caso em questão, o tentar pingar a gota na boca da criança seria claramente um ato executório, semelhante a um disparo de arma de fogo, que também é abrangido pela teoria objetivo-formal. Enquanto que pegar a criança no colo seria algo imediatamente anterior ao pingar o veneno, algo como o saque da arma ou o fazer a pontaria com a arma. Nesse sentido poder-se-ia considerar que por não ter conseguido pegar a criança no colo, a agente não deu início à execução criminosa, sob o ponto de vista de uma imedaticidade.

A menos que se desconsidere a imedaticidade e se considere “o efetivo perigo para o bem jurídico protegido pelo tipo” (BUSATO, 2015, p. 662), conceito possuidor de alguma obscuridade e vagueza de sentido, então, poder-se-á dizer que este julgado tomou por aceita a possibilidade de aplicação da teoria objetivo-material pelo STJ.

De outro modo, por mais chocantes que possam ser os relatos narrados nos autos, os atos parecem ser preparatórios.

Conclui-se, portanto, que, neste julgado, a Sexta Turma do STJ considerou como passíveis de aplicação as teorias mais amplas do que a objetivo-formal, talvez abrangendo atos mais longínquos do que as próprias teorias objetivas.

4.3.6 O Recurso Especial 1.252.770/RS (2015)

O Recurso Especial nº 1.252.770, do Rio Grande do Sul, foi da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, e foi julgado, no dia 24 de março de 2015, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sendo a votação por unanimidade. A ementa foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, de 26 de março de 2015.

Trata-se de hipótese de tentativa de furto qualificado¹⁰, situação em que os agentes estavam escavando um túnel com o propósito de subtrair o dinheiro de uma instituição bancária. Os agentes compraram um imóvel nas adjacências do banco com a finalidade exclusiva de facilitar a operação criminosa. O túnel estava sendo escavado havia dois meses, já possuindo um comprimento de 70,30 metros, desde o prédio adquirido até o cofre da instituição bancária. No momento da prisão em flagrante, eles estavam a 12,80 metros de distância do ponto externo do banco. É um caso, ocorrido no Rio Grande do Sul, em que os agentes pretendiam furtar a agência com o mesmo *modus operandi* utilizado no caso cearense, contra o Banco Central em Fortaleza, em agosto de 2005, de onde foram levados 164 milhões de reais. (UOL, 2017)

Conforme o Tribunal de origem, os agentes:

[...] estavam devidamente instalados na capital gaúcha (no prédio do Centro e no sobrado do Partenon), com uma frota de veículos (caminhonetes) imprescindível à aquisição do material necessário, bem como estavam escavando o túnel havia dois meses, sem energia elétrica, isto é, apenas com a oxigenação através de foles, que bombeavam ar mediante compressão com os pés, e por meio de drenagem manual da água existente naquela galeria subterrânea, que era permeada pelo lençol freático da região formada a partir do aterro do Lago Guaíba no século passado. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2015b, p. 44-45)

¹⁰ Sobre a redação do Código Penal referente ao crime de furto, inclusive em sua forma qualificada, conferir nota de rodapé de número 8, na página 76 desta obra.

Sendo que decidiu o Tribunal de origem considerar tais atos como executórios, mesmo alegando queda da imediatividade, por considerar inequívoco o propósito criminoso, conforme se percebe na citação abaixo:

[...] Em outras palavras, considerando que fazia parte da estratégia criminosa morar, dormir e alimentar-se no local de apoio do delito, não fica desnaturada a tentativa em comento devido à **momentânea e previsível queda da imediatividade**, já que ficou absolutamente demonstrado o **inequívoco** propósito criminoso do grupo. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2015b, p. 45, grifo nosso)

Também não considerando relevante que os agentes estivessem dormindo no momento da prisão em flagrante, conforme trecho abaixo transcrito:

[...] não há qualquer dúvida de que já estavam em franca e avançada execução da empreitada delitiva, sendo irrelevante que tenham sido presos ao amanhecer ou quando estivessem dormindo, pois o amplo monitoramento da rotina do grupo pelas autoridades policiais demonstrava que eles só trabalhavam durante o dia. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2015b, p. 45)

Nesse sentido, aparentemente, a imediatividade ainda era algo distante, que estava muito mais para mediato do que imediato.

Percebe-se que o Tribunal de origem deste caso, ao desconsiderar a não imediatividade e salientar a inequivocidade, fez maior uso de uma teoria cujos limites são pouco precisos: a teoria da univocidade, conforme visto no segundo capítulo desta obra.

A decisão somente poderia ser defendida como baseada em um critério objetivo se se considerasse o risco ao bem jurídico tutelado, o que é algo um tanto quanto vago, ou, talvez, através do plano dos autores.

Para além das questões do Tribunal de origem, a Sexta Turma do STJ, que manteve a condenação dos réus, neste caso, certamente rechaçou a teoria objetivo-formal, para fazer uso de teorias mais amplas, conforme citação abaixo:

Ao que parece, a defesa fundamenta sua pretensão na teoria objetivo-formal ou da ação típica, de Beling, ao sustentar que o início da execução somente ocorre quando o agente, efetivamente, realiza uma parcela do verbo constante do tipo, ou, ainda, um ato próximo a ele. *Data venia*, comungo do entendimento de Luiz Regis Prado, para quem "ao considerar-se como executivo tão somente o ato inserido no verbo nuclear ocorre uma excessiva restrição do âmbito da tentativa, inadmissível do ponto de vista político-criminal" (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de;

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 379). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2015b, p. 45-46)

Para além disso, alegou uso de uma conjugação de critérios — o que vem arregimentando adeptos na doutrina. Assim exposto:

Penso que, em verdade, a delimitação da questão exige uma **conjugação de critérios** que deve ter como ponto de partida a teoria aventada no recurso especial, mas associada a outros **parâmetros materiais e subjetivos**, que, consoante o tirocínio do magistrado, torne possível definir se, no caso concreto, foram exteriorizadas condutas que evidenciam **perigo real ao bem jurídico tutelado**.

Nessa ordem de ideias, ressalto a **fórmula do doutrinador alemão Hans Frank**, que inclui na tentativa as ações que possuam vinculação necessária e próxima ao tipo, segundo uma **concepção natural**. É dizer, estariam abrangidos como atos executórios aqueles que representam **perigo direto para o bem jurídico protegido**, consistentes "**na elevada probabilidade de produção do resultado, caracterizada em atividade imediatamente anterior à ação do tipo, mas pertencente à ação típica conforme um juízo material**" (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora, 2002, p. 307). Cezar Roberto Bitencourt também leciona:

Existem atos tão próximos e quase indissociáveis do início do tipo que merecem ser tipificados, como, por exemplo, alguém que é surpreendido dentro de um apartamento, mesmo antes de ter subtraído qualquer coisa; poderá ser-lhe imputada a tentativa de subtração? Mas ele iniciou a subtração? Por isso, se tem aceitado a complementação proposta por Frank, que inclui na tentativa as ações que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem, como parte integrante dela, segundo uma concepção natural, como é o caso do exemplo supra referido. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 364.)

Tal solução é, inclusive, necessária para distinguir-se o começo da execução do crime, descrito no art. 14, II, do CP, e o começo de execução da ação típica. De fato, quando o agente penetra no verbo nuclear está, sem dúvida, executando atos executórios. No entanto, ao praticar **comportamentos periféricos que, conforme o plano do autor, uma vez externados, prescindem da execução do verbo típico para, de forma efetiva, evidenciar o risco ao bem jurídico tutelado pela norma penal**, também estaria iniciada a execução do crime. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2015b, p. 46)

Certamente, está-se diante de um caso complexo. Ao levar-se em consideração a subjetividade dos agentes, fazendo uso da teoria objetivo-individual, assemelha-se mais claro que, na ótica dos agentes, o ato da escavação é o primeiro passo, sendo o próximo passo o adentrar na instituição, para em seguida consumir o furto. Se considerado o rompimento de obstáculo como um ato de início da realização do furto qualificado, o ato imediatamente anterior ao início do rompimento de obstáculo (as extremidades de concreto do cofre), a escavação do túnel no

subsolo, seria, portanto, ato executório. É algo similar ao exemplo dado por Busato (2015, p. 665), para demonstrar as limitações da teoria objetivo-formal, em que:

O mesmo se pode dizer do sujeito flagrado de posse de um pé de cabra, mais um saco de estopa e um papel com anotação sobre a combinação do cofre, em frente à porta recém-arrombada de uma residência. Evidentemente, ele já deu início à realização do seu plano de furto, porém, não realizou nem o núcleo do tipo de subtrair, nem tampouco a ofensa patrimonial.

Porém, caso o rompimento de obstáculo seja o ato imediatamente anterior, já haveria maior dificuldade em considerar como atos executórios a escavação do túnel no subsolo. Haveria que se considerar a escavação do túnel na terra do subsolo e do túnel no concreto como um único ato ou percurso. De outro modo, somente ao iniciarem a escavação no concreto é que deveriam ser considerados como atos executórios, pois o próprio exemplo mencionado de Bitencourt sobre furto considera que o sujeito já esteja dentro do imóvel.

Ou, veja-se ainda exemplo de Santos (2000, p. 310), cuja argumentação foi utilizada como fundamentação, no que ele considera um exemplo de furto qualificado dentro da teoria objetivo-individual, que para ele é tão ampla quanto a objetiva-material: “[...] constituem meras ações preparatórias [...] montar o mecanismo de arrombamento no local do furto qualificado [...]”.

Resulta claro, assim, que considerando que as paredes do cofre são as paredes de concreto do banco, não constituiriam atos de execução estar com os mecanismos de destruição de concreto no “local” do furto qualificado. Perceba-se que se está, ainda, estendendo o conceito de local para o ambiente exterior, o que não é o comunicado por Santos nem por Bitencourt em seus exemplos de furto, que consideram as teorias objetivas mais abrangentes (objetivo-material e objetivo-individual).

Amplie-se o exemplo de outro modo: ao invés de o agente ter sua conduta de subtração iniciada quando dentro do imóvel invadido que se pretende furtar, ele seja preso ainda do lado de fora, por estar se dirigindo ao imóvel, mas ainda se encontre fora dele, não tendo iniciado ainda o arrombamento da porta. Esta é a analogia para o caso. Nesse sentido, os atos do caso em análise são preparatórios.

Caso se encontre surpresa diante disso, devido ao sentimento de a punição ser o correto neste caso, melhor que se crie um tipo penal específico onde: “Escavar túnel em direção a instituição financeira ou estabelecimento que possua cofre com quantia considerável de dinheiro, com nítido propósito de furtá-la: Pena – reclusão, de xis a ípsilon anos.”. Sob pena de termos cada vez mais uma maior inobservância ao princípio da legalidade, esquecendo-se dos propósitos de sua existência.

Poder-se-ia argumentar que é importante frisar que nem sempre analogia é um bom caminho de raciocínio. Realmente, no caso específico em questão, pode-se considerar o fato de não ser absolutamente comum escavar um túnel em direção a um banco. Porém, a princípio, isso não é critério técnico mencionado nas teorias até então existentes.

Portanto, a Sexta Turma do STJ, neste caso, tomou por aceitável qualquer teoria objetiva acerca do início da execução do crime, dando preferência, inclusive para as teorias objetivas mais amplas, quer sejam, a objetivo-material e a objetivo-individual. Contudo, conforme a análise vista, pode ter havido demasiada ampliação na aplicação dessas teorias, punindo o que, aparentemente, deveriam ser considerados atos preparatórios.

4.3.7 O Conflito de Competência 121.699/AM (2015)

O Conflito de Competência nº 121.699, do Amazonas, foi da relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, e foi julgado, no dia 24 de junho de 2015, pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sendo a votação por unanimidade. A ementa foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, de 01 de janeiro de 2015.

Trata-se de um caso de Conflito de Competência entre um juízo de primeiro grau estadual e um juízo de primeiro grau federal. Para esta pesquisa, não são relevantes todas as argumentações acerca do conflito de competência. Importa o entendimento do STJ acerca das teorias utilizadas para a diferenciação entre atos preparatórios e atos executórios.

Neste caso, através do que se pode extrair do voto do ministro relator, encontrou-se chancela do STJ acerca do entendimento levantado pelo Subprocurador-Geral da República, assim exposto:

Bastante percuciente a análise do tema feita pelo i. Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Fonseca, como se vê dos seguintes trechos de seu parecer que me permito transcrever:

A teoria de Zafaroni [sic] (objetivo-material ou objetivo-individual) adotada pelo Juízo suscitante parece de aplicação discutível na medida em que, no Brasil, aplica-se a chamada teoria objetivo-formal ou lógico-formal, segundo a qual "ato executório é aquele em que se inicia a realização do verbo contido na conduta criminosa. Exige tenha o autor concretizado efetivamente um [sic] parte da conduta típica, penetrando no núcleo do tipo."

[...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2015a, p. 5)

Depreende-se, portanto, que, neste caso, a Terceira Seção do STJ adotou o entendimento de que, no Brasil, das teorias objetivas, aplica-se somente a teoria objetivo-formal, rejeitando-se as teorias objetivo-material e objetivo-individual. Ou, no mínimo, elas são aplicadas em últimos casos, casos duvidosos onde se discutem crimes que necessitam de uma interpretação extensiva acerca do início da ação descrita no verbo nuclear por conta de que, nesses casos, sob a ótica da teoria objetivo-formal, iniciar a conduta descrita no verbo nuclear seria já consumir o crime, não dando oportunidade à ocorrência de atos de execução; ou quando conveniente.

Percebe-se, então, neste julgado, um entendimento que rejeita as teorias objetivo-material e objetivo-individual e recepciona exclusivamente a teoria objetivo-formal. Entretanto, cabe levar em conta que a distinção entre atos preparatórios e executórios não foi objeto principal de contenda deste julgamento.

4.3.8 A síntese da análise sobre a jurisprudência do STJ

O STJ também não possui muitos julgados que analisam de maneira mais pormenorizada ou que deem maior relevância à diferenciação entre atos preparatórios e atos executórios abordando as teorias objetivas acerca do início da execução.

Ainda assim, do exposto nesta seção, é possível verificar que há, conforme o progredir do tempo, um aumento na recepção das teorias objetivas que estendem o início da execução para além dos limites da teoria objetivo-formal.

Nesse sentido, percebe-se que, no ano de 2001 (HC 16.153/RJ), a adoção da teoria objetivo-formal era algo mais “natural”, ou seja, o entendimento padrão. Mais adiante, em 2005 (HC 41.621/RJ), percebe-se o entendimento de que, beirando à obviedade, a teoria que o Código Penal adotou é a objetivo-formal.

Já em 2009 (HC 112.639/RS), o espaço está aberto para a recepção das teorias objetivas mais amplas (objetivo-material e objetivo-individual). Em 2010 (HC 1.178.317/RS), mantém-se essa abertura, podendo-se dizer o mesmo em relação ao ano de 2012 (HC 125.315/TO).

Chegando em 2015, no REsp 1.252.770/RS, a naturalidade com que se entendia ser aplicável a teoria objetivo-formal já não parece existir, passando-se a adotar, como entendimento padrão, as teorias objetivas mais amplas que a teoria objetivo-formal.

Então, desde 2001 a 2015, pareceu haver crescente recepção das teorias objetivo-material e objetivo-individual em detrimento da objetivo-formal.

Ressalva é feita para o caso do CC 121.699/AM, em 2015, julgado pela Terceira Seção (Quinta e Sexta Turmas em conjunto), no qual se considerou percuciente a argumentação do Subprocurador-Geral da República que considera questionável a aplicação de outras teorias que não a objetivo-formal, o que constitui precedente recente do uso da teoria objetivo-formal, não sendo o mais adequado o uso de teorias mais ampliadoras. Isso, porém, deve ser visto com cautela, posto que não era objeto principal do debate a necessidade de distinção entre atos preparatórios e executórios.

Diante do exposto, em síntese, o STJ, com o decorrer dos anos, tem recepcionado com cada vez mais naturalidade a possibilidade de aplicação das teorias objetivo-material e objetivo-individual.

5. CONCLUSÃO

Neste trabalho tratou-se sobre as teorias relativas ao início da execução criminosa e sobre a sua recepção perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com o propósito de responder ao seguinte problema: Quais teorias vêm sendo adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça na determinação do início da execução do crime?

Para isso, visando facilitar a compreensão do momento em que pode, no caminho do crime, surgir o início da execução do crime, descreveram-se, primeiramente, as fases e etapas que compõem o *iter criminis*, para que se pudesse distinguir a etapa de execução em relação a todas as outras etapas e fases do *iter criminis*. Essas etapas são: cogitação, deliberação, resolução, manifestação, preparação, execução e consumação, e, a depender da interpretação, a etapa do exaurimento. Elas podem ser definidas, respectivamente, como: o momento em que irrompe na mente do agente a ideia criminosa (cogitação); o momento em que o agente sopesa acerca das vantagens e desvantagens de dar prosseguimento no sentido do cometimento dessa ideia criminosa (deliberação); o momento em que o agente efetivamente decide que irá cometer o delito (resolução); o momento em que o agente exprime por palavras ou outros meios simbólicos, de modo objetivo, os seus desígnios criminosos já cogitados, deliberados e resolvidos (manifestação); a etapa em que o agente, por meio de atos externos, faz as preparações necessárias para iniciar a execução do delito, sem as quais, a execução criminosa ficaria prejudicada (preparação); a etapa que se constitui de atos idôneos, com o potencial de causar o resultado consumativo do crime (execução); o momento em que o agente perfaz todos os elementos definidores do tipo penal (consumação); e o momento em que o agente criminoso realiza seus propósitos, além do resultado que consoma o delito (exaurimento). Dessas etapas, as três primeiras pertencem à fase interna ou subjetiva e as demais pertencem à fase externa ou objetiva. Nesse sentido, deu-se também especial importância ao conceito de tentativa com o fim de distingui-lo do conceito de execução, tendo em vista ser muito comum a confusão entre esses dois conceitos.

Fez-se, também, uma distinção entre preparação (não punível) e execução (punível), de modo que aquela é comparada ao penalmente inimputável e esta é comparável ao penalmente imputável, visto que, igualmente, a consideração do primeiro leva à absolvição, enquanto a consideração do segundo leva à condenação.

Em um segundo momento, descreveram-se as teorias que orientam a fixação do início da execução, abordando as mais referidas na doutrina pátria, dando maior relevância às teorias objetivas, tendo em vista que elas são as que mais conseguiram minorar a zona cinzenta que fica entre a etapa da preparação e a etapa da execução. Essas teorias são as teorias objetivo-formal, objetivo-material, e a objetivo-individual. Para a teoria objetivo-formal, o início da execução ocorre quando o agente pratica a ação do verbo nuclear do tipo penal; para a teoria objetivo-material, o início da execução ocorre quando o agente pratica ação que expõe a perigo o bem juridicamente tutelado, critério que descobriu-se demasiadamente vago e que a doutrina buscou, então, limitá-lo com o critério dos atos imediatamente anteriores à ação que perfaz o verbo nuclear; e para a teoria objetivo-individual, revelou-se que o início da execução pode variar, a depender do plano concreto do autor, principalmente na definição acerca de qual é o ato imediatamente anterior ao que perfaz a ação do verbo nuclear.

Mas isso não significa perder de vista as teorias que contrastam com elas. Nesse sentido, explicou-se também acerca das teorias que não possuem critérios tão restritivos dessa zona cinzenta quanto as teorias objetivas. Elas foram, neste trabalho, denominadas genericamente de teorias subjetivas. Essas teorias são a teoria subjetiva estrita, a teoria da univocidade, a teoria sintomática e a teoria negativista. Para a subjetiva estrita, importa a intensidade volitiva do agente, mais precisamente, importa a vontade hostil ao Direito, não sendo relevante a ação objetiva por si mesma, mas a vontade subjetiva que é expressa pela ação objetiva; para a teoria da univocidade, serão atos executórios os atos os atos inequívocos, que não possam ser também caminho para uma ação lícita; para a teoria sintomática, além da exteriorização da propósito criminoso, leva-se em consideração, principalmente, a periculosidade do agente em questão, não considerando separáveis o sujeito agente e a sua ação objetiva; e para a teoria

negativista, a distinção entre atos preparatórios e executórios é impossível, assim, nega-se essa possibilidade, deixando a cargo do juiz estabelecer o que é ato preparatório e o que é ato executório.

Concluiu-se que, para a definição do início da execução do crime, a partir de 1984, há uma aceitação, pelo STF, das teorias objetivas mais amplas, ou seja, das teorias objetivas que abrangem como atos executórios atos mais longínquos da consumação do que a teoria objetivo-formal.

Assim, no ano de 2002, no julgado *Habeas Corpus* 81.674/PB, essa Corte mostrou uma postura mais conservadora, em que pareceu estar acreditando utilizar a teoria objetivo-formal, enquanto já estava fazendo uso da objetivo-material (que “estende” a ação do verbo nuclear) sem perceber. Em outro julgado, no ano de 2015, no julgado *Habeas Corpus* 122.791/MS, o STF já aceitou abertamente a possibilidade de aplicação dessas teorias objetivas mais amplas que a objetivo-formal, fazendo menção expressa à teoria objetivo-individual.

Com isso, percebeu-se na jurisprudência do STF, um caminhar que sai da visão, mais antiga e restritiva, da teoria objetivo-formal para a aceitação das teorias objetivas mais abrangentes, que são a teoria objetivo-material e objetivo-individual.

No que tange ao STJ, verificou-se que houve, conforme o progredir do tempo, desde 2001 até 2015, um aumento na recepção dessas teorias objetivas mais abrangentes, ou seja, as teorias objetivo-material e objetivo-individual.

Cita-se o julgado *Habeas Corpus* 112.639/RS, do ano de 2009, que trata de investida criminosa contra instituição bancária, no qual o STJ extrapolou os limites de aplicação das teorias objetivas, condenando a prática de atos que seriam tidos como preparatórios.

No julgado Recurso Especial 1.252.770/RS, do ano de 2015, cujo crime também foi contra uma instituição bancária, o STJ tomou por executórios os atos que, aparentemente, deveriam ter sido tratados como preparatórios.

Assim, os julgados do STF e do STJ, acerca do início da execução do crime, revelam que há uma recepção das teorias mais ampliadoras do início da execução,

dando preferência à teoria objetivo-individual seguindo-se da objetivo-material em detrimento da teoria objetivo-formal, ou seja, os julgados estudados demonstram que o STF e o STJ têm estado em sintonia com as teorias relativas ao início da execução do crime mais abrangentes, resultando em gradual e contínuo abandono da teoria objetivo-formal.

6. REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Crime consumado. In: _____. **Direito penal, parte geral: v. 1.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 272-277.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Fases da realização do crime. In: _____. **Direito penal, parte geral: v. 1.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 277-282.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Tentativa. In: _____. **Direito penal, parte geral: v. 1.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 282-290.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Crime consumado e crime tentado. In: _____. **Tratado de direito penal: parte geral 1.** 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. cap. XXVI, p. 463-478.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 121.699/AM, Relator: Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, Brasília, DF, 24 de junho de 2015. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça de 01 de julho de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1422418&num_registro=201200602081&data=20150701&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 16.153/RJ, Relator: Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, Brasília, DF, 04 de setembro de 2001. Publicado no Diário da Justiça da União de 27 de maio de 2002, p. 200. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=12566&num_registro=200100261884&data=20020527&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 41.621/RJ, Relator: Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, Brasília, DF, 06 de dezembro de 2005. Publicado no Diário da Justiça da União de 10 de abril de 2006, p. 238. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1422418&num_registro=201200602081&data=20150701&formato=PDF>.

uencial=585814&num_registro=200500190190&data=20060410&formato=PDF>.
Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 112.639/RS. Suscitante: Juízo de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri de Manaus. Suscitado: Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas. Relator: Og Fernandes, Sexta Turma, Brasília, DF, 25 de agosto de 2009. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça de 28 de setembro de 2009. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=907362&num_registro=200801711300&data=20090928&formato=PDF>.
Acesso em: 12 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 125.315/TO. Impetrante: Paulo Roberto da Silva e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Paciente: Fernando Henrique de Andrade. Relator: Og Fernandes, Sexta Turma, Brasília, DF, 13 de novembro de 2012. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça de 28 de novembro de 2012. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1194167&num_registro=200802869490&data=20121128&formato=PDF>.
Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 1.178.317/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: Diego Nascimento dos Santos e Mateus Pereira da Cruz. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Brasília, DF 26 de outubro de 2010. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça de 13 de dezembro de 2010. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1017083&num_registro=201000184204&data=20101213&formato=PDF>.
Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.252.770/RS. Recorrentes: Ministério Público Federal, Jean Ricardo Galian (preso) e outros (presos). Recorridos: Jean Ricardo Galian (preso) e outros (presos), e o Ministério Público Federal. Relator: Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, Brasília, DF, 24 de março de 2015. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça de 26 de março de 2015. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1394853&num_registro=201101072138&data=20150326&formato=PDF>.
Acesso em: 17 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 81.674/PB. Paciente: João Soares de Brito. Impetrante: Bóris Trindade e outro. Coator: Superior Tribunal de

Justiça. Relator: Ilmar Galvão, Primeira Turma, Brasília, DF, 16 de abril de 2002. Publicado no Diário da Justiça da União nº 42, de 21 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78820>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 122.791/MS. Paciente: Lídio Mendes dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Dias Toffoli, Primeira Turma, Brasília, DF, 17 de novembro de 2015. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal nº 42, de 06 de abril de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10608587>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRUNO, Aníbal. Fases da realização do crime tentativa e crime consumado. In: _____. **Direito penal, parte geral, tomo 2º: fato punível**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 229-255.

BUSATO, Paulo César. Tentativa de Delito. In: _____. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 657-688.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. Tentativa. In: _____. **Curso de direito penal**. 12. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 134-137.

DELMANTO, Celso; DELMANTO Roberto; DELMANTO JR., Roberto. Código Penal. In: _____. **Código penal comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 22-30.

DIAS, Jorge Figueiredo. Os estadios de realização do crime (*iter criminis*). In: _____. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2007. p. 681-687.

DIAS, Jorge Figueiredo. A tentativa. In: _____. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2007. p. 688-726.

DOTTI, René Ariel. Consumação e tentativa. In: _____. **Curso de direito penal: parte geral**. 5. ed. rev., atual e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 434-442.

ESTEFAM, André. *Iter Criminis. Direito penal, volume I*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 234-242.

FERRI, Enrico. A ação física. In: _____. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. prefácio do Prof. Bezeira dos Santos; tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 479-521.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Arts. 12 a 14. In: HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II: arts. 11 ao 27**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 526-533.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Tentativa. In: _____. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed., rev por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 295-309.

FRANCO, Alberto Silva (Coord.); STOCO, Rui (Coord.). Do crime. In: _____. **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 127-158.

GRECO, Rogério. Tipo Culposo. In: _____. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 324.

GRECO, Rogério. Consumação e Tentativa. In: _____. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 357-376.

HUNGRIA, Nélson; Arts. 12 a 14. In: HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II: arts. 11 ao 27**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 71-108.

JESUS, Damásio de. Do crime consumado. In: _____. **Direito penal, volume I: parte geral**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 369-374.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. Etapas de realização do delito. In: _____. **Manual de direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 319-337.

LEAL, João José. Fases da conduta punível – O crime consumado. In: _____. **Curso de direito penal**. Porto Alegre: Sete Mares Editora, 1991. p. 211-214.

LEAL, João José. Tentativa de Crime. In:_____. **Curso de direito penal**. Porto Alegre: Sete Mares Editora, 1991. p. 211-219.

LEAL, João José. Fases da conduta punível – Crime consumado. In:_____. **Direito Penal Geral**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. p. 263-268.

LISZT, Franz Von. O Crime nas suas Formas Externas – A Consumação e a Tentativa. In:_____. **Tratado de direito penal alemão – Tomo I**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003. p. 313-333.

MARQUES, José Frederico. Formas do crime. In:_____. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997. p. 355-396.

MASSON, Cleber Rogério. *Iter criminis*. In:_____. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 299-305.

MASSON, Cleber Rogério. Tentativa. In:_____. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 307-317.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Consumação e tentativa. In:_____. **Código penal interpretado**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 66-73.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Consumação e tentativa do delito. In:_____. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre, Fabris, 1988. p. 177-192.

NORONHA, E. Magalhães. Do crime consumado e da tentativa. In:_____. **Direito penal. Volume 1: introdução e parte geral**. 31. ed., atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 121-132.

NUCCI, Guilherme de Souza. Do crime. In:_____. **Código penal comentado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 122-214.

NUCCI, Guilherme de Souza. Tentativa, desistência, arrependimento e crime impossível. In:_____. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 119-132.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crime consumado e tentativa. In:_____. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 337-369.

PRADO, Luiz Regis. Etapas da Realização do Delito. In:_____. **Curso de direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 10. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 417-434.

QUEIROZ, Paulo. Consumação e Tentativa. In:_____. **Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 301-320.

REALE JÚNIOR, Miguel. Tentativa. In:_____. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 279-292.

REALE JÚNIOR, Miguel. A tipicidade na parte geral do código penal. In:_____. **Teoria do delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 191-218.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O tipo dos crimes de omissão de ação. In:_____. **A moderna teoria do fato punível**. 1. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 304-329.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Autoria e participação. In:_____. **A moderna teoria do fato punível**. 1. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 302.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Tentativa e consumação. In:_____. **A moderna teoria do fato punível**. 1. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 304-329.

UOL, Polícia divulga vídeo que mostra 2º túnel que levaria a cofre do Banco do Brasil. **Uol**, São Paulo, 04 out. 2017, § 3º. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/10/04/policia-divulga-video-que-mostra-segundo-tunel-que-levaria-a-cofre-do-banco-do-brasil.htm>>. Acesso em: 21 out. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa: doutrina e jurisprudência**. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 18/59.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. A tentativa. In: _____.
Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo:
Revista dos Tribunais, 2015. p. 623-636.

7. ANEXOS¹¹

ANEXO A — Acórdão do *Habeas Corpus* 81.674/PB, do STF (p. 99-107)

ANEXO B — Acórdão do *Habeas Corpus* 122.791/MS, do STF (p. 108-144)

ANEXO C — Acórdão do *Habeas Corpus* 16.153/RJ, do STJ (p. 145-155)

ANEXO D — Acórdão do *Habeas Corpus* 41.621/RJ, do STJ (p. 156-164)

ANEXO E — Acórdão do *Habeas Corpus* 112.639/RS, do STJ (p. 165-181)

ANEXO F — Acórdão do *Habeas Corpus* 1.178.317/RS, do STJ (p. 182-190)

ANEXO G — Acórdão do *Habeas Corpus* 125.315/TO, do STJ (p. 191-205)

ANEXO H — Acórdão do Recurso Especial 1.252.770/RS, do STJ (p. 206-258)

ANEXO I — Acórdão do Conflito de Competência 121.699/AM, do STJ (p. 259-269)

¹¹ Formatação fora da norma 14.742/2002, da ABNT, por impossibilidade de formatação dos anexos conforme a norma exige. Assim, eles estão expostos sem estarem paginados e sem título acima de cada um. Ao lado da menção a cada anexo (nesta página) encontram-se as páginas que cada anexo preenche nesta obra.

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 21.02.2003

EMENTÁRIO Nº 2099-3

16/04/2002

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 81.647-9 PARAÍBA

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO

PACIENTE: JOÃO SOARES DE BRITO

IMPETRANTES: BÓRIS TRINDADE E OUTRO

COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: **HABEAS CORPUS**. TENTATIVA DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO SE TERIA IDO ALÉM DE ATOS PREPARATÓRIOS.

Tentativa plenamente configurada quando comparsas do paciente, de arma em punho, se acercaram do veículo em que se achava a pessoa visada, devendo-se a não-consumação do crime — a que bastaria, ressalte-se, a simples privação da liberdade dessa, independentemente da obtenção da vantagem pretendida —, à circunstância de haver a vítima logrado escapar à ação dos agentes, ao perceber a aproximação destes.

Habeas corpus indeferido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o pedido de **habeas corpus**. Vencido o Ministro Sepúlveda Pertence, que o deferia.

Brasília, 16 de abril de 2002.

MOREIRA ALVES

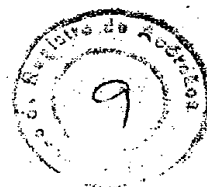
-

PRESIDENTE

ILMAR GALVÃO

-

RELATOR



16/04/2002

PRIMEIRA TURMA

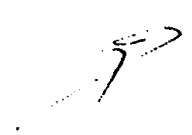
HABEAS CORPUS N. 81.647-9 PARAÍBA

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO
PACIENTE: JOÃO SOARES DE BRITO
IMPETRANTES: BÓRIS TRINDADE E OUTRO
COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): Habeas corpus no qual se alega constrangimento ilegal atribuído ao Superior Tribunal de Justiça, que deferiu parcialmente medida análoga, permitindo ao paciente apelar em liberdade, mantendo, contudo, a sentença que o condenara, juntamente com outros cinco co-réus, à pena de seis anos de reclusão, por tentativa de extorsão mediante seqüestro (art. 159 c/c o art. 14, II, e 29, todos do CP).

Sustenta-se na presente impetração a atipicidade dos fatos narrados na denúncia, porquanto não teriam passado de atos preparatórios, não chegando a constituir tentativa. Para tanto, aduz-se que a vítima não foi levada a nenhum cativoiro ou constrangida a entrar em algum veículo, tampouco foi pedida qualquer vantagem monetária como condição pertinente, e nem, sequer, tendo a vítima ficado sob o domínio dos acusados. Pede, assim, seja cassada a condenação, com a extinção do processo por falta de justa causa.



A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Edinaldo de Holanda Borges, opinou nos seguintes termos (fls. 56/57):

"(...)

Não procede a impetração.

A sustentar a tese da inexistência delitiva, o impetrante, como não poderia deixar de ser, transcreve trechos da sentença de 1.º grau, objetivando assim demonstrar que a conclusão condenatória não poderia ter se valido dos fatos narrados na "**opinio delicti**".

Sustenta, ainda, a teor do que fora apurado na fase instrutória, que a vítima do delito não restara seqüestrada e nem fora levada para o eventual cativoiro e que, também, não se chegou a reclamar algum tipo de vantagem monetária aos familiares da vítima.

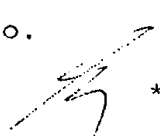
Aduz, inclusive, ao transcrever parte do "**decisum**" singular, que o eventual delito quedou frustrado devido à eficiência do corpo policial em capturar o bando, abortando sua intenção de seqüestrar a vítima.

Ora, fica evidente, com isso, que o impetrante pretende revolver todo o conteúdo fático-processual, para, somente após, desenvolver a sua tese.

Tal pretensão, contudo, esbarra na sólida jurisprudência firmada por todos os tribunais brasileiros, inclusive do Excelso Pretório, no sentido de que o "habeas corpus" não é o meio adequado para a análise pretendida, posto que exige aprofundado exame de prova, conforme verberou inclusive o E. STJ ao não apreciar a matéria.

Caracterizada, pois, a legalidade do ato, posto que dentro dos limites estabelecidos em lei, não há de se falar em ilegal constrangimento, motivo pelo qual alvitra o MPF pelo indeferimento do "writ".

É o relatório.



* * * * *

AT/dfm

16/04/2002

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 81.647-9 PARAÍBAV O T O


O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): A impetração, como se viu, pretende demonstrar a atipicidade dos fatos imputados ao paciente e, conseqüentemente, a ausência de justa causa para a ação penal.

O delito de tentativa de extorsão mediante seqüestro, segundo a sentença condenatória, acha-se configurado nos seguintes fatos nela descritos (fls. 11/18):

"(...)

Com esse ilícito propósito, essa quadrilha, constituída e formada nesta cidade, tinha como arquiteto e mentor intelectual JOÃO SOARES DE BRITO, o "João Neguinho", que formou a quadrilha, dando aos seus comparsas, armas, munições e carros, tudo para a consumação do seqüestro, prometendo a cada um dos bandidos, a importância de cem milhões de cruzeiros reais. De São Paulo, através de Elpídio Dias, veio o menor de idade Marlon Machado, com as despesas de viagem pagas por "João Neguinho", que lhe garantiu como recompensa pela parada ou serviço, a quantia de cem milhões de cruzeiros reais e, trouxe consigo um revólver de marca Rossi calibre "38", e outro foi-lhe entregue aqui por "João Neguinho".

Composta a quadrilha fortemente armada, e os planos já devidamente arquitetados, iniciaram-se suas ações para a consumação do seqüestro inicialmente com contatos telefônicos dados por Silene Bezerra Nunes, dizendo-se chamar-se "ADRIANA" para Roberto Venício, marcando encontros dizendo que o conhecia há cerca de 04 (quatro) anos.



No dia 28 de junho do corrente ano Maurício recebeu telefonema de Adriana marcando encontro para a Praça Félix Araújo. A acusada foi à procura de Roberto e ao ser informada que o mesmo se encontrava no estabelecimento comercial do seu genitor e, percebendo algo estranho, saiu em desabalada carreira, indo colidir com o veículo Tempira no meio fio da Rua João Pessoa.

No dia seguinte volta a ser perseguido e, por volta das 22:00 horas, quando tentava estacionar seu carro, em frente à casa de sua namorada, pelo retrovisor observou dois (02) elementos portando revólveres que se aproximavam e, nessa oportunidade, saiu Roberto em alta velocidade, conseguindo safar-se dos seqüestradores.

A acusada, mais uma vez, volta a telefonar para Roberto, desta feita marcando encontro nas imediações do Posto Brasília, ocasião em que a Polícia Civil foi acionada com as devidas informações, e, assim, no Posto de Fiscalização da Operação Manzuá, saída para João Pessoa, por volta das 06:30 horas, no dia 29 de junho, o Tempira foi apreendido e os seus ocupantes foram conduzidos à Central de Polícia.

Com a prisão de "João Neguinho," chefe do bando, foram os demais acusados localizados, identificados e presos. Interrogados na Polícia, todos confessaram, com riquezas de detalhes, a formação da quadrilha, com a finalidade de seqüestrar Roberto Venício, filho do comerciante de açúcar e carros José Gregório, para obterem vantagens com o resgate.

Todos os acusados tiveram participação ativa na tentativa do seqüestro de Roberto, Silene e Marlon confessam com detalhes todo o plano traçado por "João Neguinho" apesar de sua negativa no delito, todos informaram ser ele o chefe o mentor do plano, conhecia bem a vítima pois nutria velha amizade com o genitor de Roberto. Silene foi o "pivot" de toda a trama que não deu certo graças à intervenção de terceiros, no caso, a "Polícia Civil", que, agindo como agiu, impediu a realização do seqüestro de Roberto.

(...)"

Afirma o impetrante que a conduta atribuída ao paciente não passaria de atos preparatórios do crime pelo qual veio o paciente a ser condenado.



2

O acórdão do STJ (fl. 129) indeferiu a ordem, ao fundamento de que "o exame do pedido de cassação da sentença, bem como o de desconstituição do auto de prisão em flagrante, importariam em revolvimento dos elementos fático-probatórios carreados no curso da instrução criminal, o que é vedado na estreita via do **habeas corpus**, conforme salientado pelo acórdão do Tribunal a quo".

Ao contrário desse entendimento, a questão de saber do acerto, ou não, da tipificação da conduta do paciente situa-se no plano da valoração dos fatos descritos na sentença, revelando a natureza eminentemente jurídica da controvérsia e, conseqüentemente, a possibilidade de sua apreciação em **habeas corpus**.

Conquanto tormentosa a discussão acerca da distinção entre atos preparatórios e executivos, é possível, na espécie, caracterizar a conduta do paciente, descrita na denúncia, como tendo ultrapassado a fase dos atos preliminares.

Com efeito, não teriam passado da etapa preparatória do **item criminis**, entre outros atos, a aquisição dos apetrechos para a prática do crime, a locação dos veículos utilizados na ação criminosa, os telefonemas dados à vítima e a escolha do eventual cativo. Contudo, a partir do momento em que comparsas do paciente, de arma em punho, aproximaram-se do veículo onde se achava a vítima, é inegável que chegaram à fase da execução, que não se consumou tão-somente por circunstância alheia à vontade dos agentes,

qual seja, o rápido afastamento da vítima do alcance daqueles, após haver percebido a sua aproximação.

Releia-se o que se acha consignado na sentença:

"No dia seguinte volta a ser perseguido e, por volta das 22:00 horas, quando tentava estacionar seu carro, em frente à casa de sua namorada, pelo retrovisor, observou dois elementos portando revólveres que se aproximavam e, nessa oportunidade, saiu Roberto em alta velocidade, conseguindo safar-se dos seqüestradores."

Diante desse quadro, é de ter-se por manifesto que se acercavam os agentes do ato final do seqüestro e, conseqüentemente, por configurada a hipótese do crime tentado, sendo certo que, caso concretizada a privação da liberdade da vítima, já se estaria diante de crime consumado, independentemente da obtenção da vantagem pretendida, visto que inequívoca a intenção de exigência de vantagem econômica, como condição de resgate.

Com essas considerações, meu voto indefere o **habeas corpus**.

* * * * *

AT/dfm

Supremo Tribunal Federal

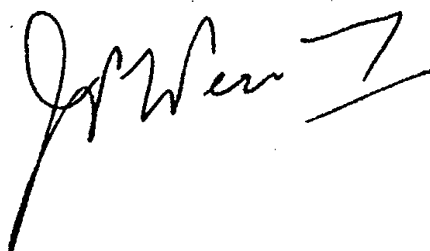
16/04/2002

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 81.647-9 PARAÍBAV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, peço vênias ao eminente Ministro-Relator e defiro a ordem. Entendo que o caso, pedindo vênias, é acadêmico, de atos preparatórios, por mais grave que seja o crime cogitado.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - Ministro Sepúlveda Pertence, só uma ponderação: a assemelhação feita por V.Exa. a homicídio, parece-me estar correta naquela hipótese de, desferido o tiro, a vítima abaixar-se e não ser alcançada pela bala. O caso-sequestro é diverso. A atuação delituosa já está em andamento, quer dizer, os agentes aproximam-se do carro, e a vítima consegue enxergá-los pelo retrovisor - coisa rara de acontecer, pois normalmente as pessoas são surpreendidas.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 81.647-9

PROCED. : PARAÍBA

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO

PACTE. : JOÃO SOARES DE BRITO


IMPTE. : BÓRIS TRINDADE E OUTRO

COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de habeas corpus. Vencido o Ministro Sepúlveda Pertence, que o deferia. 1ª. Turma, 16.04.2002.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Ministro Sydney Sanches.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Helenita Amélia G. Caiado de Acioli.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador

17/11/2015

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 122.791 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S)	: LÍDIO MENDES DOS SANTOS
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Tráfico interestadual de substância entorpecente (art. 33, caput, c/c o art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06). Consumação. Desnecessidade de transposição de fronteiras entre dois ou mais estados da Federação. Precedentes. Ordem denegada.

1. Consoante o repertório jurisprudencial da Corte, “para a configuração do tráfico interestadual de drogas (art. 40, V, da Lei 11.343/2006), não se exige a efetiva transposição da fronteira, bastando a comprovação inequívoca de que a droga adquirida num estado teria como destino outro estado da Federação” (HC nº 115.893/MT, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 4/6/13).

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 17 de novembro de 2015.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

02/09/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 122.791 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S)	: LÍDIO MENDES DOS SANTOS
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Lídio Mendes dos Santos, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no REsp nº 1.411.731/MS, Relatora a Ministra **Regina Helena Costa**.

Sustenta a impetrante, em síntese, que a causa especial de aumento de pena prevista no inciso V do art. 40 da Lei nº 11.343/06, teria sido aplicada de forma equivocada.

Aduz, para tanto, que “os elementos probatórios demonstram que o agente adquiriu a substância entorpecente no mesmo Estado em que foi preso, não havendo, portanto, como se aplicar a causa de aumento (...)” (fl. 5 da inicial).

Entender ser

“imprescindível que haja a efetiva transposição de fronteiras entre dois ou mais Estados da Federação, mesmo que supostamente esteja comprovada a intenção de levar a droga para outro Estado. **Caso contrário, estar-se-ia apenas a intenção, algo de que não se ocupa o Direito Penal nos termos do brocardo *cogitationis poenam nemo partitura***” (fl. 5 da inicial – grifos da autora).

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para “afastar a incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, V, da Lei

HC 122791 / MS

11.343/2006” (fl. 6 da inicial).

Indeferi o pedido de liminar e, por estar a impetração devidamente instruída, dispensei o pedido de informações.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. **Deborah Duprat**, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

02/09/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 122.791 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, volta-se esta impetração contra ato da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no REsp nº 1.411.731/MS, Relatora a Ministra **Regina Helena Costa**.

Narra a impetrante, na inicial, que

“[o] paciente foi denunciado pelo delito previsto no artigo 33 caput c/c artigo 40, incisos III e V, ambos da Lei 11.343/2006 c/c artigo 62, inciso IV, do Código Penal.

Foi proferida sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar o paciente como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006 à pena de reclusão de 05 anos em regime fechado e pagamento de 500 dias-multa (e-STJ fl. 91/104).

Não se conformando, a defesa e a acusação opuseram recurso de apelação.

A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, por unanimidade, negou provimento ao recurso da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e, por maioria, negou provimento ao recurso do Ministério Público.

A acusação interpôs recurso especial para que fossem aplicadas as causas de aumento dos artigos 40, incisos III e V da Lei 11.343/2006, reformando-se o v. acórdão (e-STJ fl.219/239).

Por decisão monocrática do relator, foi dado parcial provimento ao recurso especial somente para reconhecer a incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, V, da Lei 11.343/2006 e redimensionar a pena para 05 anos e 10 meses de reclusão.

A Defensoria Pública da União e o Ministério Público

HC 122791 / MS

Federal interpuseram agravo regimental contra a decisão monocrática. A DPU pugnou pela reconsideração da decisão que reconheceu a incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, V, da Lei 11.343/2006. A acusação pleiteou pela reforma da decisão, para reconhecer a incidência da causa de aumento de pena previsto no artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental da DPU, (...)” (fl. 2 da inicial).

Transcrevo a ementado do julgado proferido por aquela Corte de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, V, LEI N. 11.343/2006. EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE DIVISAS. DESNECESSIDADE.

I- A incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006 não exige a efetiva transposição da divisa interestadual, sendo suficiente que fique demonstrado que a substância entorpecente apreendida teria como destino localidade de outro estado da Federação. Precedentes.

II- A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

III- Agravo Regimental improvido” (www.stj.jus.br).

Essa é a razão pelo qual se insurge a impetrante neste **writ**.

Pelo que se tem no julgado emanado do Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia que justifique a concessão da ordem.

Note-se que a decisão proferida por aquela Corte se encontra suficientemente motivada, restando, assim, justificado o convencimento formado, além de estar em perfeita consonância com a jurisprudência

HC 122791 / MS

deste Supremo Tribunal, firme no sentido de que,

“para a configuração do tráfico interestadual de drogas (art. 40, V, da Lei 11.343/2006), não se exige a efetiva transposição da fronteira, bastando a comprovação inequívoca de que a droga adquirida num estado teria como destino outro estado da Federação” (HC nº 115.893/MT, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 4/6/13).

Perfilhando esse entendimento:

“HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. TRANSPORTE DE 19,2 KG DE MACONHA. MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. CONFIGURAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da irregularidade de constituir a grande quantidade de droga motivação idônea para fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes. 2. Por ser o transporte ilícito de entorpecente delito de caráter permanente, consuma-se o crime ao iniciar-se o ato de transportar e não somente quando da apreensão da droga. Precedentes. 3. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, está vinculada à adequação dos requisitos definidos no mencionado dispositivo; inoportunidade por terem as instâncias ordinárias definido a reincidência do paciente e seus maus antecedentes. 4. Existindo prova de que a droga seguia de um Estado a outro, ou em vias de ultrapassar as divisas do Estado, configura-se a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, evidenciado no caso pela confissão do paciente e pelo seu bilhete de passagem. 5. A simples quantidade de droga apreendida não constitui fundamento idôneo a ensejar a elevação da

HC 122791 / MS

reprimenda em quantum superior ao mínimo legalmente previsto no art. 40, inc. V, da Lei n. 11.343/2006. 6. Ordem parcialmente concedida” (HC nº 110.438/MS, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 22/2/13 – grifei).

“Habeas Corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006. Desnecessidade da efetiva transposição da fronteira estadual. 3. Constrangimento ilegal não caracterizado. 4. Ordem denegada” (HC nº 99.452/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 8/10/10).

Com efeito, os julgados citados se amoldam com perfeição ao caso concreto, já que restou demonstrado que a substância entorpecente apreendida em poder do paciente tinha como destino outro estado da Federação.

Conforme se infere dos autos, o paciente teria, na cidade de **Dourados/MS**, sido surpreendido com 40 (quarenta) quilos de maconha em ônibus interestadual com destino a **Juína/MT** (fl. 91 - anexo 4).

A par dessas circunstâncias, embora não efetivada a transposição entre as fronteiras interestaduais, penso ser inequívoca a intenção do agente em promover o transporte da droga de Mato Grosso de Sul para o Mato Grosso, o que atrai a causa de aumento prevista no inciso V do art. 40 da Lei nº 11.343/06.

Note-se que o raciocínio jurídico é o mesmo do tráfico internacional, em que o agente responde por crime consumado, com causa de aumento da transnacionalidade (art. 40, inciso I), ainda que não deixe o território nacional.

É o que se extrai, **mutatis mutandis**, da essência do voto proferido pelo Ministro **Marco Aurélio**, por ocasião do julgamento do HC nº 72.658/SP, cujo teor transcrevo:

“A leitura do acórdão de folhas 12 a 21 revela que a Paciente não foi condenada considerado o núcleo ‘importar’, previsto no artigo 12 da Lei nº 6.368/76. O Colegiado levou em

HC 122791 / MS

conta, em si, a circunstância de que transportava a cocaína da Bolívia para o Brasil. Logo, diante do fato de a droga haver sido apreendida no posto de fronteira, não há como cogitar, frente ao núcleo ‘importar’, da tentativa. Por outro lado, relativamente à agravante, contenta-se a legislação em vigor, tal como revelado pelo inciso I do artigo 18 da Lei em comento, com o fato de tratar-se de droga originária do exterior. Eis o preceito pertinente:

‘Art. 18 - As penas dos crimes definidos nesta lei serão aumentadas de um terço a dois terços: 1) no caso de tráfico com o exterior ou de extraterritorialidade da lei penal (...)’

A alusão ao tráfico apanha o núcleo ‘transportar’ previsto na cabeça do artigo 12 da Lei de Tóxicos” (Segunda Turma, DJ de 27/10/95).

Perfilhando esse raciocínio, destaco:

“(…)

Para configuração da majorante da transnacionalidade então prevista no art. 18, I, da Lei 6.368/1976, norma que foi repetida na atual Lei de Drogas, em seu art. 40, I, basta que existam elementos concretos aptos a demonstrar que o agente pretendia disseminar a droga no exterior, sendo dispensável ultrapassar as fronteiras que dividem as nações.

(…)” (HC nº 109.043/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 21/2/14).

Registre-se, ademais, que qualquer conclusão em sentido contrário ao da instância de mérito demandaria o revolvimento circunstanciado de fatos e provas, intimamente ligado ao mérito da ação penal, o que não se admite em sede de **habeas corpus**. Nesse sentido: HC nº 84.097/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJe de 19/2/10; HC nº 92.776/SC, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJ de

HC 122791 / MS

4/4/08; HC nº 92.839/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Menezes Direito**, DJ de 18/4/08; HC nº 92.870/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 22/2/08; e HC nº 82.625/GO, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJ de 16/5/03, entre outros.

Ante o exposto, denego a ordem de **habeas corpus**.

É como voto.

02/09/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 122.791 MATO GROSSO DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Tenho uma dúvida a respeito. É possível admitirmos – e aqui no caso seria – uma causa de aumento tentada?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Aqui, ele não configurou, ele tentou empreender o tráfico através do transporte, mas não chegou do outro lado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Quer dizer, o crime seria de tráfico consumado, mas a causa de aumento seria tentada.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

É um tema interessante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – O inciso I do artigo 40 revela:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

Então, temos um preceito mais abrangente. No tocante ao inciso V:

“V – caracterizado” – exige a caracterização – “o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;”

O trato da matéria, e há dualidade no trato da matéria, a meu ver, conduz à distinção da transnacionalidade, dessa causa de aumento, que é a caracterização, em si, do tráfico entre Estados da Federação.

02/09/2014

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 122.791 MATO GROSSO DO SUL

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A questão é instigante e eu até gostaria de me pronunciar, mas, como é o primeiro acórdão, acho que valeria a pena a Turma poder ter tempo de preparar, talvez, um debate um pouco mais rico, porque, num primeiro momento, entendo que ele já foi condenado pelo tráfico.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Sim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Essa majorante seriam os atos que ele está praticando para implementar a majorante, que é o tráfico entre Estados.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Seria uma causa de aumento decorrente da simples intenção.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Da intenção. Então ele responderia pelos atos já praticados. Quais são os atos já praticados? O tráfico a que ele já responde.

No meu modo de ver, a razão de ser desse dispositivo são aquelas organizações criminosas que fazem o tráfico entre vários Estados. Mas eu também gostaria de visitar um pouco a doutrina desse tema porque essa majorante nós nunca enfrentamos.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 122.791

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) : LÍDIO MENDES DOS SANTOS

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Dias Toffoli, relator, que indeferia a ordem, pediu vista do processo o Senhor Ministro Luiz Fux. Falou o Dr. Antônio Ezequiel Inácio Barbosa, Defensor Público Federal, pelo paciente. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 2.9.2014.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

17/11/2015

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 122.791 MATO GROSSO DO SUL

VOTO-VISTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE QUANDO O PACIENTE SE DESLOCAVA PARA OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. CARACTERIZADO O TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO INSTANTÂNEA, PELA REUNIÃO DOS ELEMENTOS QUE IDENTIFICAM A INTERESTADUALIDADE: POSSE DA DROGA DURANTE SEU TRANSPORTE PARA OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. CONSUMAÇÃO PERMANENTE: ATO DE TRANSPORTAR. LEGITIMIDADE DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, V, DA LEI 11.343/2006. AUSENTE PUNIÇÃO DA MERA INTENÇÃO DO AGENTE (*COGITATIONIS POENAM NEMO PARTITURA*). INICIADO O TRANSPORTE DA DROGA PARA OUTRO ESTADO, CARACTERIZA-SE A FASE DE EXECUÇÃO, ULTRAPASSANDO A FASE DA COGITAÇÃO E DOS ATOS PREPARATÓRIOS. ORDEM DENEGADA.

HC 122791 / MS

1. O fundamento da punição de todos os atos de execução do delito responde ao fim político-criminal e preventivo que preside todo o direito penal. Daí que a tentativa seja punível, em atenção à necessidade político-criminal de estender a ameaça ou cominação penal, prevista para os tipos delitivos para o caso de sua consumação, também às condutas que, embora não consumem o delito, estão muito próximas da consumação e se realizam com a vontade de obter essa consumação. Portanto, a punição da tentativa tem o mesmo fundamento do castigo do fato doloso consumado: a colocação objetiva do bem jurídico em perigo e a vontade de conseguir sua lesão típica (BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do delito. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 449, tradução nossa do original em espanhol).

2. A práxis jurídico-penal depara-se com casos em que uma teoria puramente formal não pode precisar, com segurança, onde termina a fase simplesmente preparatória (impune) e onde começa a fase executiva do delito (punível). Ante as insuficiências de uma teoria puramente formal, surgiram variantes da mesma ou **outras de natureza objetiva (que atendem à colocação em perigo), ou subjetivas (que atendem ao plano do autor)**. Atualmente, é **dominante uma teoria intermediária ou mista** que,

HC 122791 / MS

partindo da descrição legal da ação típica, atende, em primeiro lugar, à ‘imagem’ que o próprio autor do delito tem do curso dos acontecimentos **(plano do autor) e logo, de acordo com essa imagem, o comportamento realizado está tão estreitamente ligado à ação típica que praticamente não há etapas intermediárias essenciais para por em atividade imediata sua realização (teoria objetiva-individual).** A expressão “diretamente por fatos exteriores” evidencia que o plano do autor é decisivo na medida em que se manifeste no exterior e seus atos estejam em conexão direta com a execução do delito. É dizer: uma vez mais se aceita como ponto de referência e partida o plano do autor, mas na medida em que se manifesta em fatos exteriores que diretamente se possam qualificar como atos executivos do correspondente tipo delitivo (BITENCOURT, MUÑOZ CONDE, 2000, p. 452/453).

3. O âmbito do fato punível, consoante a dogmática penal, começa quando o sujeito dá início à execução do delito diretamente por fatos exteriores, ainda que não seja necessária o efetivo início da ação tipificada no verbo nuclear do tipo penal.

4. É necessário distinguir a fase simplesmente preparatória (impune) e o termo *a quo* da fase **executiva** do delito **(punível)**. É que, por imperativo do

HC 122791 / MS

princípio da legalidade, somente será punível o que, conforme aos critérios de interpretação normalmente aplicáveis à lei penal (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) possa considerar-se como ‘execução do delito.

5. A mera intenção de vender a droga em outro Estado da Federação não se constitui como fundamento suficiente para a aplicação da majorante do art. 40, V, da Lei 11.343/2006, ainda que o agente possuidor da droga confesse que tinha essa intenção, fazendo-se mister ações exteriores de execução para o fim de consumir essa intenção.

6. a) O tipo legal da causa de aumento estabelecida no art. 40, V, da Lei 11.343/2006 determina o aumento da pena se *caracterizado* o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal.

b) O vocábulo “caracterizado” significa “com caráter ou traço distintivo de”, “descrito com as características próprias”. Deveras, “caracterizado” não é sinônimo de transposição de fronteiras “consumada”, que significa “cujo processo já se completou ou seguramente se completará”, “perfeito”. Assim, a mera presença dos traços *característicos* do transporte interestadual atrai a incidência da causa de aumento.

c) O emprego de conceitos distintos pelo legislador impede que o intérprete os

HC 122791 / MS

iguale, bastando à incidência da causa de aumento do art. 40, V, da Lei 11.343/2006 a prática de algum ato de execução que caracterize a interestadualidade do delito, ainda que não consuma a transposição das fronteiras.

7. a) A reunião dos elementos que identificam o tráfico interestadual ocorre instantaneamente, não dependendo de um resultado externo naturalístico, razão pela qual não há de se falar em tentativa;

b) A efetiva transposição da fronteira **influi na fração de aumento da pena**, a ser fixada pelo juízo competente, **entre um sexto e dois terços**, no momento da dosimetria;

c) A jurisprudência quanto ao delito, quer sob o ângulo infraconstitucional quer sob o enfoque constitucional é pacífica no sentido da aplicabilidade da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/2006, ainda que não ultrapassada a fronteira entre dois Estados.

8. *In casu*, o agente praticou ações que caracterizam a execução do delito, havendo provas suficientes da finalidade de consumir a ação típica, a saber: A) estava no interior de ônibus de transporte interestadual com bilhete tendo por destino final outro Estado da Federação, como é o caso dos autos; B) A fase da intenção e a fase dos atos preparatórios foram evidentemente ultrapassadas no momento em que o agente ingressou no ônibus portando a droga,

HC 122791 / MS

adentrando a fase de execução do crime.

9. O transporte da droga, uma vez iniciado, protraí-se no tempo, revelando crime de consumação permanente – a permitir o flagrante durante a execução desse transporte.

10. *Ex positis*, por ter sido executada, pelo Paciente, ação caracterizadora do tráfico interestadual de drogas (transporte da droga em ônibus interestadual, com passagem tendo por destino cidade localizada em outra unidade da Federação), a causa de aumento do art. 40, V, da Lei 11.343/2006 foi **validamente aplicada**, inexistindo violação ao *cogitationis poenam nemo patitur*, por isso que julgo ausente ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de ir e vir do paciente.

11. Com esses fundamentos, acompanho o Relator e denego a ordem.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (VOGAL): Senhora Presidente, conforme relatado pelo eminente Ministro Dias Toffoli, Relator, trata-se de saber a partir de qual momento da execução do delito de tráfico de drogas incide a causa de aumento referente ao tráfico interestadual, estabelecida no art. 40, V, da Lei 11.343/2006, cuja redação é a seguinte:

“Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são **aumentadas de um sexto a dois terços**, se:

V - **caracterizado** o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal”.

In casu, o paciente foi preso quando levava drogas no bagageiro de

HC 122791 / MS

um ônibus de transporte interestadual que partiu da cidade de Dourados, no Mato Grosso do Sul, e tinha por destino a cidade de Juína, no Estado do Mato Grosso, conforme passagens apreendidas em poder do paciente. Contudo, a prisão ocorreu em parada anterior à transposição da fronteira entre os Estados.

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento a recurso do Ministério Público e concluiu ser aplicável à hipótese a causa de aumento do art. 40, V, da Lei 11.343/2006, uma vez que, embora o paciente não tenha ultrapassado a fronteira entre os Estados, no momento do flagrante já estava caracterizado o tráfico interestadual.

A defesa alega, no presente *writ*, que a aplicação da causa de aumento no caso em análise configuraria violação do brocardo *cogitationis poenam nemo patitur* (ninguém pode ser punido por seus pensamentos), já que o paciente foi preso antes de chegar a outra unidade federativa. Citou dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça que apoiariam a tese da imprescindibilidade da transposição de fronteiras para incidência da referida causa de aumento.

Em seu voto, o Relator destacou a sedimentada jurisprudência desta Corte, de que a caracterização do tráfico interestadual não depende da transposição das fronteiras, bastando que as circunstâncias evidenciem que a droga se destinava a outra unidade da Federação.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria.

Com efeito, o brocardo de Ulpiano – *cogitationis poenam nemo patitur* – representa, no Direito Penal Moderno, a distinção entre Moral e Direito, que proíbe o Estado de regular pensamentos, limitando sua esfera de poder penal ao âmbito social dos *atos externos*¹. Consequentemente,

1 Neste sentido, confira-se: PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Tradução: Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 301.

HC 122791 / MS

nenhuma punição pode alcançar a mera intenção ou cogitação da prática criminosa.

Por esse motivo, a dogmática penal distingue, de um lado, a cogitação e os atos preparatórios de uma prática delitiva e, de outro lado, o início da execução da ação punível.

Os debates científicos buscaram identificar um critério que delimitasse o momento em que o agente passava dos atos preparatórios ao início da execução do crime. A partir deste momento, a conduta do agente passa a ser punível, deixando a esfera da intenção ou cogitação.

Na lição de Francisco Muñoz Conde, o fundamento da punição de todos os atos de execução do delito responde ao fim político-criminal e preventivo que preside todo o direito penal. Daí que a tentativa seja punível, em atenção à necessidade político-criminal de estender a ameaça ou cominação penal, prevista para os tipos delitivos para o caso de sua consumação, também às condutas que, embora não consumem o delito, estão muito próximas da consumação e se realizam com a vontade de obter essa consumação. Portanto, a punição da tentativa tem o mesmo fundamento do castigo do fato doloso consumado: a colocação objetiva do bem jurídico em perigo e a vontade de conseguir sua lesão típica (BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do delito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 449, tradução nossa do original em espanhol).

Assim, *“o âmbito do punível começa quando o sujeito ‘dá início à execução do delito diretamente por fatos exteriores. Tudo o que não chegue à categoria de execução do tipo delitivo em questão não poderá ser considerado como tentativa e deverá, portanto, ser excluído do âmbito do punível”* (BITENCOURT, MUÑOZ CONDE, 2000, p. 451, tradução nossa).

Em princípio, o ato meramente preparatório é impunível, salvo se a

HC 122791 / MS

lei tipificá-lo como delito autônomo, na esteira do que ocorre com a posse de instrumentos para a falsificação de moeda ou de documentos; a posse de precursores para a fabricação de drogas, etc.

A dogmática penal considera punível, *“por imperativo do princípio da legalidade, somente o que, conforme aos critérios de interpretação normalmente aplicáveis à lei penal (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) possa considerar-se como ‘execução do delito’”* (idem).

Ainda assim, a práxis jurídico-penal depara-se com casos em que uma teoria puramente formal não pode precisar, com segurança, onde termina a **fase simplesmente preparatória (impune)** e onde começa a **fase executiva do delito (punível)**. Valho-me da doutrina de Muñoz Conde para citar os seguintes exemplos:

“É ato de execução de um assassinato comprar o veneno que se pensa ministrar à vítima? É ato de execução do roubo mediante escalada apoiar a escada no muro da casa onde se pensa roubar? É ato executivo de aborto explorar a grávida antes de começar a operação abortiva? [...]

*Ante as insuficiências de uma teoria puramente formal, surgiram variantes da mesma ou **outras de natureza objetiva (que atendem à colocação em perigo)**, ou subjetivas (que atendem ao plano do autor). Atualmente, é dominante uma **teoria intermediária ou mista** que, partindo da descrição legal da ação típica, atende, em primeiro lugar, à ‘imagem’ que o próprio autor do delito tem do curso dos acontecimentos (**plano do autor**) e logo, de acordo com essa imagem, o **comportamento realizado está tão estreitamente ligado à ação típica que praticamente não há etapas intermediárias essenciais para por em atividade imediata sua realização (teoria objetiva-individual)**. [...]*

*A utilização, no art. 16,1, da expressão ‘diretamente por fatos exteriores’ evidencia que o **plano do autor é decisivo na medida em que se manifeste no exterior e seus atos estejam em conexão direta com a execução do delito**. É dizer: uma vez mais se aceita*

HC 122791 / MS

como ponto de referência e partida o plano do autor, mas na medida em que se manifesta em fatos exteriores que diretamente se possam qualificar como atos executivos do correspondente tipo delitivo. [...]” (BITENCOURT, MUÑOZ CONDE, 2000, p. 452/453).

Assentadas estas premissas fundamentais para a decisão do caso concreto em julgamento, passo a analisar o tipo legal da causa de aumento estabelecida no art. 40, V, da Lei 11.343/2006, quanto ao tráfico interestadual de drogas.

A redação do dispositivo em questão determina o aumento da pena, na fração de um sexto a dois terços, se **caracterizado** o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal.

Em primeiro lugar, é preciso interpretar o vocábulo “caracterizado”, que, gramaticalmente, significa “com caráter ou traço distintivo de”, “descrito com as características próprias”.

Assim, percebe-se que “caracterizado” não é necessariamente sinônimo de “consumado”, que significa “cujo processo já se completou ou seguramente se completará”, “perfeito”.

Portanto, o que se pode considerar tráfico interestadual **caracterizado** é o comportamento que tem as **características ou o traço distintivo do tráfico interestadual**.

Como se poderá caracterizar o tráfico estadual? Bastará a intenção do autor do fato de levar a droga para fora das fronteiras? A compra do bilhete de passagem rodoviária por aquele que vai portar a droga para outro Estado, segundo plano comprovado por investigações da polícia, caracteriza o tráfico interestadual? Ou somente a transposição efetiva da fronteira, por aquele que comprovadamente está a caminho de outro Estado da Federação, caracteriza o tráfico interestadual?

HC 122791 / MS

À luz das premissas teóricas deste voto, considero que a causa de aumento do art. 40, V, da Lei 11.343/2006 **deverá incidir quando praticado ato de execução** que caracterize a interestadualidade do delito.

Portanto, **de modo algum a mera intenção de vender a droga em outro Estado da Federação** poderá servir de fundamento para a aplicação da majorante, ainda que o agente possuidor da droga confesse que tinha essa intenção.

É preciso que ele tenha executado ações para o fim de consumir essa intenção.

Por outro lado, a compra do bilhete de transporte interestadual poderá ser considerada ato preparatório ou já poderá ser um ato de execução, a depender da prova produzida.

Por fim, **entrar no veículo de transporte interestadual, ou estar dirigindo na estrada que leva a outro Estado da Federação, portando a droga**, deverá, necessariamente, se considerado ato **executório**.

Neste caso, **não há punição da fase meramente interna do delito, mas sim dos fatos exteriores voltados à sua consumação**. Uma vez surpreendido no curso deste transporte, incide a causa de aumento do art. 40, V, da Lei 11.343/2006, sem qualquer violação do princípio *cogitationis poenam nemo patitur*.

Assim, concluo que não é necessário aguardar a efetiva transposição da fronteira para considerar que o tráfico interestadual, bastando que tenham sido praticadas ações que **caracterizem a execução do delito**, e que haja provas suficientes da finalidade de consumir a ação típica – por exemplo, o agente está no interior de ônibus de transporte interestadual com bilhete tendo por destino final outro Estado da Federação, como é o

HC 122791 / MS

caso dos autos. A fase da intenção e a fase dos atos preparatórios foram ultrapassadas no momento em que o agente ingressou no ônibus portando a droga.

Por fim, não há de se falar em “tentativa”, pois o vocábulo “caracterizado” se aperfeiçoa **instantaneamente**, com a simples reunião das características que o identificam, não dependendo de um resultado externo. Além disso, quando evidenciado o **transporte da droga**, a **consumação se protraí no tempo**, de modo que a **consumação é permanente** – a permitir o flagrante durante a execução desse transporte.

Assim, a efetiva transposição da fronteira somente deverá **influir na fração de aumento da pena**, a ser fixada pelo juízo competente, **entre um sexto e dois terços**, no momento da dosimetria, como observa Guilherme de Souza Nucci, *verbis*:

“A gradação- de um sexto a dois terços- deve cingir-se ao grau de interestadualidade do crime: quanto maior o número de Estados-membros abrangidos pela atividade do agente, maior deve ser o aumento” (Leis penais e processuais penais comentadas, 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.347).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são uníssonas ao dispensar a efetiva transposição da fronteira para que se considere **caracterizado** o tráfico interestadual.

Inicialmente, vale destacar que os dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça citados pela Impetrante na inicial, além de isolados, cuidaram de casos distintos do que ora está em julgamento. Em ambos – HC 115.787/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03/02/2009; HC 150.038/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/03/2010 – **os pacientes não haviam iniciado o transporte da droga**. Lê-se, no relatório do HC 115.787, *verbis*, “o aresto impugnado confirmou, equivocadamente, o entendimento do togado singular, de que, tendo as próprias pacientes confessado

HC 122791 / MS

a intenção de transportar a droga de um estado a outro, correta a incidência da causa de aumento”.

De toda sorte, o próprio *decisum* do Superior Tribunal de Justiça impugnado na inicial cita sedimentada jurisprudência da Corte *a quo* no sentido da aplicabilidade da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/2006, **ainda que não ultrapassada a fronteira** entre dois Estados, *verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO TRÁFICO DE DROGAS RELATIVA À INTERESTADUALIDADE DO DELITO. ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS A E C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. REEXAME DE PROVAS. DESNECESSIDADE. EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DA DIVISA ENTRE OS ESTADOS. IRRELEVÂNCIA.

[...]

3. *A incidência da causa de aumento do tráfico interestadual de entorpecentes não exige a efetiva transposição pelo agente da divisa estadual, bastando a comprovação de que a substância se destinava a outra unidade da federação. Precedentes.*

4. *Agravo regimental a que se nega provimento” (REsp 1390977-AgRg/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 04/12/2013).*

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS. IRRELEVÂNCIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE INVIÁVEL NA VIA ELEITA. FRAÇÃO DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE

HC 122791 / MS

FLAGRANTE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, não é necessária a efetiva transposição da divisa interestadual, sendo suficiente que fique demonstrado, pelos elementos de prova, que a substância entorpecente apreendida teria como destino localidade de outro estado da Federação. Precedentes.

2. A afronta a dispositivo constitucional não é passível de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, nesta sede recursal, ainda que para fins de prequestionamento, uma vez que se trata de matéria reservada à competência do Supremo Tribunal Federal. Precedente.

3. A matéria atinente à ausência de fundamentação, na sentença, para a incidência de fração superior ao mínimo legal, em relação à causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, não foi tratada no julgamento proferido pela Corte a quo. Por conseguinte, ficou desatendido o requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula 282/STF. Ademais, trata-se de argumento não suscitado oportunamente também nas contrarrazões ao recurso especial, razão pela qual se observa a ocorrência da preclusão, afinal, não se admite inovação argumentativa em sede de agravo regimental.

4. A aplicação da fração referente à causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06 acima do mínimo legalmente previsto depende de fundamentação concreta que justifique a escolha (HC n. 180.104/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 7/12/2011). Verificada a ilegalidade flagrante, impõe-se o redimensionamento da pena, reduzindo-se o percentual de 1/3 para 1/6.

5. Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício” (REsp 1208525-AgRg/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 25/11/2013).

No mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

HC 122791 / MS

verbis:

“PENAL. PACIENTES CONDENADAS PELO DELITO DE TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 40, V, DA LEI 11.343/2006. PRESCINDIBILIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DA FRONTEIRA PARA A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. COMPROVAÇÃO DE QUE O ENTORPECENTE ADQUIRIDO NUM ESTADO DA FEDERAÇÃO SERIA LEVADO PARA OUTRO. SUFICIÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

I – Não é possível conhecer da impetração no que concerne aos pedidos de fixação do regime inicial semiaberto e de substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, uma vez essa questão não foi submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, de modo que sua análise, per saltum, configuraria supressão de instância e, por conseguinte, extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal.

II – Para a configuração do tráfico interestadual de drogas (art. 40, V, da Lei 11.343/2006), não se exige a efetiva transposição da fronteira, bastando a comprovação inequívoca de que a droga adquirida num estado teria como destino outro estado da Federação. Precedentes.

III – Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegada a ordem” (HC 115.893/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, unânime, DJe 04/06/2013).

“Habeas Corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006. Desnecessidade da efetiva transposição da fronteira estadual. 3. Constrangimento ilegal não caracterizado. 4. Ordem denegada” (HC 99.452/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, DJe 08/10/2010).

HC 122791 / MS

“HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. TRANSPORTE DE 19,2 KG DE MACONHA. MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/2006. CONFIGURAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

2. Por ser o transporte ilícito de entorpecente delito de caráter permanente, consuma-se o crime ao iniciar-se o ato de transportar e não somente quando da apreensão da droga. Precedentes.

3. A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, está vinculada à adequação dos requisitos definidos no mencionado dispositivo; inoccorrência por terem as instâncias ordinárias definido a reincidência do paciente e seus maus antecedentes.

4. Existindo prova de que a droga seguia de um Estado a outro, ou em vias de ultrapassar as divisas do Estado, configura-se a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, evidenciado no caso pela confissão do paciente e pelo seu bilhete de passagem.

5. A simples quantidade de droga apreendida não constitui fundamento idôneo a ensejar a elevação da reprimenda em quantum superior ao mínimo legalmente previsto no art. 40, inc. V, da Lei n. 11.343/2006.

6. Ordem parcialmente concedida” (HC 110.438, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, unânime, DJe 22/02/2013).

***In casu*, por ter sido executada, pelo Paciente, ação caracterizadora do tráfico interestadual de drogas (transporte da droga em ônibus interestadual, com passagem tendo por destino cidade localizada em outra unidade da Federação), a causa de aumento do art. 40, V, da Lei 11.343/2006 foi validamente aplicada, inexistindo violação ao**

HC 122791 / MS

cogitationis poenam nemo patitur, julgo ausente ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de ir e vir do paciente.

Ex positis, acompanho o Relator e **denego a ordem**.

É como voto.

17/11/2015

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 122.791 MATO GROSSO DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas uma ponderação, porque creio que, a prevalecer essa óptica, o sistema não fechará.

O paciente foi condenado, tendo em conta o tráfico cuja eficácia foi exaurida. Questionou-se, no Superior Tribunal de Justiça, em uma via muito afunilada, de acesso à sede extraordinária – mediante recurso especial do Ministério Público –, se seria cabível ou não a causa de aumento retratada no inciso V do artigo 40 da Lei nº 11.343, de 2006, ou seja, decorrente do tráfico entre Estados da Federação ou entre esses e o Distrito Federal.

Indago: se não foi ultrapassada a divisa, é possível cogitar-se da incidência da causa de aumento? Transporte o raciocínio para outro inciso – que é o inciso I – a cogitar da transnacionalidade do delito. Se surpreendido o portador da droga no interior de um avião que não chegou a decolar, tem-se como configurado, em termos de exaurimento do crime de tráfico – não se trata de tentativa –, o tráfico internacional de droga? Para mim, a resposta é negativa. Penso que o Tribunal de Justiça de origem decidiu em harmonia com a ordem natural das coisas e a impossibilidade de, contra o próprio acusado, o réu, interpretar-se norma penal de forma extensiva.

Por isso, adianto o voto no sentido de conceder a ordem para afastar a causa de aumento versada no inciso V do artigo 40 da Lei de Regência – nº 11.343/06.

17/11/2015

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 122.791 MATO GROSSO DO SUL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, é porque eu sintetizei, mas também há dois itens da ementa, que eu pulei, mas, talvez, sirvam...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Que ele teria apenas tentado, Ministro. Ele teria tentado ingressar no outro estado e foi condenado, considerado o exaurimento do crime de tráfico.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - No caso do Ministro Marco Aurélio, o avião não decolou, mas, nesse caso, o ônibus andou. Então, eu trouxe dois itens, aqui, que, talvez, sejam diferentes.

Digo no item V: A mera intenção de vender a droga em outro estado da Federação não se constitui como fundamento suficiente para aplicação da majorante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não podemos punir a intenção, até aqui.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Isso. Aí, agora, vem o VI. O tipo legal da causa de aumento estabelecida no artigo 40, V, da Lei determina o aumento da pena, se caracterizado o tráfico entre estados da Federação, "se caracterizado o tráfico". O vocábulo "caracterizado" significa com caráter ou traço distintivo de "descritivo e com as características próprias". "Deveras caracterizado" não é sinônimo de "consumado", que significa: "cujo processo já se completou ou seguramente se completará". Perfeito!

O emprego dos conceitos distintos pelo legislador impede que o intérprete os iguale, bastando a incidência da causa de aumento do art.

HC 122791 / MS

40, à prática de algum ato de execução que caracterize a interestadualidade do delito, ainda que não a consume.

E, aqui, no curso do voto, eu trago precedentes nesse sentido, assentando...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ante o flagrante, não ficou caracterizado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, ele foi preso em flagrante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pois é. Ante o flagrante, não chegou a implementar o tráfico interestadual.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, mas porque, veja bem, o flagrante não impede, não significa que toda vez...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ele foi condenado – vou retornar à tecla primeira – por crime consumado. E não estamos diante de um novo tipo penal, que seria o tráfico interestadual, mas, sim, de uma causa de aumento.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, **mutatis mutandis**, Vossa Excelência está entendendo que, por força do flagrante, o crime é tentado. Mas há flagrantes em crimes que já foram consumados. Aqui, eu estou considerando o crime como consumado, porque a lei exige que, para o tráfico interestadual, basta que fique caracterizado o tipo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Consumado quanto ao crime e tentado quanto à causa de aumento? O sistema não fecha.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, ele não é tentado. Ele está caracterizado. A causa de aumento é porque o tráfico é interestadual.

HC 122791 / MS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, então, puniríamos a intenção!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, não é intenção. Estou analisando o tipo. Porque a lei usa expressões diferentes: crime consumado, crime caracterizado. Eu estou fazendo essa distinção e dizendo que nós, no campo da legalidade, não podemos fugir a isso que o legislador dispôs. E estou, aqui, trazendo: a efetiva transposição da divisa entre os estados é irrelevante na forma da jurisprudência penal infraconstitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ou seja, Vossa Excelência tem como consumado crime interestadual, muito embora ele não tenha passado pela fronteira entre os dois estados.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu entendo que, como política criminal, essa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, aqui, do Supremo Tribunal Federal, e, aqui, eu trago um **habeas corpus** do Ministro Ricardo Lewandowski; outro do Ministro Gilmar Mendes, que até considero ambos, assim, de outra Turma, um pouco menos estritos à lei do que nós, do que eu, por exemplo; Ministra Cármen Lúcia, também, que já pertenceu, mas, aqui, já na Segunda. Eu estou seguindo essa...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Certamente, Vossa Excelência não vai encontrar um precedente de minha lavra.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, não, não. Muito difícil, Ministro Marco Aurélio.

Eu estou, com todo o respeito, evidentemente já pedindo vênias, porque o Ministro Marco Aurélio já adiantou o voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência

HC 122791 / MS

votou antes de mim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ah, é? Porque me abriram.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Se a pessoa vai pegar um avião para ir do Brasil para a Itália e é preso no aeroporto tentando traficar, o tráfico é internacional, embora ele não tenha chegado na Itália nem saído do Brasil.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - É interessante. Esse processo - eu tenho as minhas anotações daquela sessão em que ouvimos as sustentações orais, ou a sustentação oral -, e há a majorante do art. 40, tráfico interestadual, se se concretizou ou não, mas confessou que levaria droga para o outro Estado, seria um dado, seguramente, trazido na ...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Um fato, um dado fático.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - É, um dado fático.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Consta dos debates.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Daí ter cogitado, Presidente, de se estar a punir a intenção!

17/11/2015

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 122.791 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, pedindo vênias à divergência, eu estou acompanhando o Relator.

Localizei, aqui, uma jurisprudência em matéria de tráfico internacional - um pouco na linha do Ministro Dias Toffoli - em que se assentou o seguinte em relação ao tráfico:

Para a caracterização do tráfico internacional, não é necessária a concreta transposição das fronteiras, "*basta que existam elementos concretos aptos a demonstrar que o agente pretendia disseminar a droga no exterior, sendo dispensável ultrapassar as fronteiras que dividem as nações.*"

Eu penso que a analogia aplicável, nesse caso, também, seja essa. De modo que eu estou acompanhando o Relator, Presidente.

17/11/2015

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 122.791 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Eu relembro, aqui, também, decisão da Segunda Turma, da lavra do Ministro Teori Zavascki onde diz que:

"A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de ser desnecessária a efetiva transposição das fronteiras interestaduais para a incidência da majorante prevista no inciso V do art. 40, 'bastando a comprovação inequívoca de que droga adquirida em um Estado teria como destino outro Estado da Federação'."

É uma decisão da Segunda Turma, de novembro de 2013, no HC nº 111.076.

Eu peço todas as vênias ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar o Relator.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 122.791

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) : LÍDIO MENDES DOS SANTOS

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Dias Toffoli, relator, que indeferia a ordem, pediu vista do processo o Senhor Ministro Luiz Fux. Falou o Dr. Antônio Ezequiel Inácio Barbosa, Defensor Público Federal, pelo paciente. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 2.9.2014.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Edson Fachin. Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. 1ª Turma, 17.11.2015.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Roberto Barroso e Edson Fachin. Compareceu o Senhor Ministro Dias Toffoli para julgar processos a ele vinculados, assumindo a cadeira do Senhor Ministro Edson Fachin.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 16.153 - RJ (2001/0026188-4)

RELATOR : MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO
IMPETRANTE : MAURO COELHO TSE E OUTROS
IMPETRADO : SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RENATA MACEDO PEREIRA
PACIENTE : MICHELLE RAMOS DA SILVA
PACIENTE : VIVIANE CRISTINA SANTOS DE PAULA
PACIENTE : PAULA CRISTINA DE MOURA BRITO
PACIENTE : PATRÍCIA GUERRA DOMINGUES

EMENTA

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ESTELIONATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA DESCRITA NA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. As empregadas de estabelecimento comercial monitorado por câmeras de vídeo, acusadas de simularem cenas privadas, exibindo suas peças íntimas, para, com o conteúdo das fitas gravadas, após subtraídas, obterem, mediante ação de indenização por danos morais, porque vítimas de **voyeurismo**, vantagem indevida em prejuízo do patrão, induzindo em erro, para tanto, o magistrado da causa a ser proposta, não praticam crime de tentativa de estelionato se a ação sequer é ajuizada.

2. Acerca da tentativa, causa de adequação típica mediata, "(...) *Exigindo a lei atos de execução, não aceitou a teoria subjetiva ou voluntarista, que se contenta com a exteriorização da vontade através da prática de atos preparatórios; nem com a sintomática, que se satisfaz simplesmente com a periculosidade subjetiva manifestada. Foi aceita a teoria objetiva, exigindo um início típico de execução.* " (in Direito Penal, Damásio Evangelista de Jesus, 1º volume, Parte Geral, 22ª edição, revista e atualizada, 1999, Editora Saraiva, página 330 - nossos os grifos).

3. Para o reconhecimento da tentativa de estelionato, mostra-se imprescindível tenha o agente iniciado a conduta fraudulenta, o que, na hipótese, consistiria no ajuizamento da ação no Juízo Cível, na busca da obtenção da vantagem indevida, não afirmada pela denúncia.

4. Arredada a tipicidade objetiva da conduta, há de ser a inicial acusatória rejeitada, à luz do que determina o artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal.

5. O afastamento da tentativa de estelionato não obsta o reconhecimento de delito outro, desde que os atos preparatórios, eles mesmos, consubstanciem a prática de crime autônomo, afinal, "(...) *Se o indivíduo passa da nuda cogitatio aos atos preparatórios, e estes representam, em si mesmos, uma ameaça à ordem Jurídica, já então a lei do Estado pode intervir, tornando punível a atuação da vontade, mas entenda-se: punível por si mesma, e nunca por extensão da punibilidade do crime planejado.*" (in Comentários ao

Superior Tribunal de Justiça

Código Penal, Nélson Hungria, Volume I, Tomo II, Editora Forense, página 76).

6. A subtração de duas fitas de vídeo, contudo, se para as pacientes substanciam algum valor, dado o conteúdo nelas gravado, mostra-se insignificante para o titular do bem ofendido, assim como, de resto, para o Direito Penal, afinal, "(...) o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas." (*in* Princípios Básicos de Direito Penal, Francisco de Assis Toledo, Editora Saraiva, página 133).

7. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 4 de setembro de 2001 (Data do Julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves
Presidente

Ministro Hamilton Carvalhido
Relator

HABEAS CORPUS Nº 16.153 - RJ (2001/0026188-4)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO:

Habeas corpus contra a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, denegando a ordem impetrada em favor de Renata Macedo Pereira, Michelle Ramos da Silva, Patrícia Guerra Domingues, Viviane Cristina Santos de Paula e Paula Cristina de Moura Pinto, obsteu o pretendido trancamento da ação penal a que respondem pela prática do crime de tentativa de estelionato.

A ausência de justa causa para a ação penal, decorrente da atipicidade da conduta imputada às pacientes, e a inépcia da denúncia fundam a impetração.

Liminar deferida às fls. 41/42 *"para suspender o andamento do processo até o julgamento do presente writ."*

Informações prestadas às fls. 55/57.

O parecer do Ministério Público Federal é pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (RELATOR) :

Senhor Presidente, ***habeas corpus*** contra a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, denegando a ordem impetrada em favor de Renata Macedo Pereira, Michelle Ramos da Silva, Patrícia Guerra Domingues, Viviane Cristina Santos de Paula e Paula Cristina de Moura Pinto, obistou o pretendido trancamento da ação penal a que respondem pela prática do crime de tentativa de estelionato.

A ausência de justa causa para a ação penal, decorrente da atipicidade da conduta imputada às pacientes, e a inépcia da denúncia fundam a impetração.

Lê-se na denúncia:

"O MINISTÉRIO PÚBLICO, pelo Promotor de Justiça titular da 1ª Promotoria de Investigação Penal junto à 1ª Central de Inquéritos, no uso de suas atribuições, vem oferecer ***denúncia*** contra **RENATA MACEDO PEREIRA, MICHELE RAMOS DA SILVA, VIVIANE CRISTINA SANTOS DE PAULA, PAULA CRISTINA DE MOURA PINTO e PATRÍCIA GUERRA DOMINGUES** qualificadas às fls. 65, 16, 9, 10 e 7, pelo seguinte fato delituoso:

Em abril de 1999, a denunciada MICHELLE, empregada da Pluricell Equipamentos Eletrônicos Ltda., situada na Rua do Ouvidor nº 60, sala 312, comunicou ao patrão Javier Alberto Litman o desaparecimento da importância de R\$ 155,00, guardada em sua gaveta à chave, destinada ao pagamento de uma conta, não sabendo a quem responsabilizar o fato. Nessa época o empregador, percebendo que estavam ocorrendo outros desvios de valores na Pluricell, instalou um sistema de circuito interno de TV, visando comprovar a prática delituosa levantada pela contabilidade.

Tal sistema permitiu a Javier certificar-se de que as denunciadas recebiam pagamentos de clientes, escondiam no interior de agendas particulares e dirigiam-se à copa, onde promoviam a divisão, tudo gravado em fitas de vídeo.

Quando as denunciadas - todas empregadas da empresa - perceberam que seriam desmascaradas, e visando extorquir futuramente o empregador, sabedoras do local onde se encontravam instaladas as câmeras, simularam momentos de privacidade, próximo ao banheiro feminino, levantando as roupas e exibindo peças íntimas, a fim de serem filmadas, simulando que o empregador as estava surpreendendo em ocasiões de privacidade, dentro do banheiro.

No dia 24/5/1999, por volta das 17,00 horas, no interior da empresa, RENATA, previamente ajustada com as demais, subtraiu as duas fitas de vídeo que exibiam aquelas cenas adrede preparadas, inclusive com o fim de evitar que o empregador assistisse às cenas de subtração e partilha dos valores anteriormente desviados por elas.

Ato contínuo, para justificarem a subtração, as denunciadas ofereceram uma notícia criminis junto ao DEAM, no dia 15/6/1999, imputando a Javier a prática de voyeurismo, gravando cenas íntimas das empregadas.

Inobstante, o laudo pericial concluiu que a visão do interior do vestiário somente é possível se a porta do mesmo permanecer aberta, não sendo possível ver-se o interior do banheiro vestiário.

As denunciadas também promoveram uma Reclamação Trabalhista contra Javier, aos 25/7/1999, na 60ª JCJ para despistar.

Superior Tribunal de Justiça

Agiram as denunciadas consciente e voluntariamente, com o dolo próprio da espécie, em concurso e unidade de desígnios, tentando obter, pra si, indevida vantagem representada por valor a ser recebido em ação indenizatória que promoveriam em face do patrão, mediante o ardil de imputar-lhe falsamente invasão de privacidade, simulando cenas íntimas em locais onde se encontravam instaladas as câmeras, fazendo crer que tais cenas se passavam no interior do banheiro, acreditando induzir em erro quem assistisse às fitas, não logrando êxito na empreitada por motivos alheios à sua vontade, vez que a perícia desmascarou a farsa montada, da forma descrita, praticando o delito de tentativa de estelionato em concurso.

Estão, assim, incursas nas penas do art. 171 caput c. c. 14, II n/f 29 do CP.

(...)" (fls. 58/59).

Ao que se tem, as pacientes, empregadas de estabelecimento comercial monitorado por câmeras de vídeo, são acusadas de simularem cenas privadas, exibindo suas peças íntimas, para, com o conteúdo das fitas gravadas, após subtraídas, obterem, mediante ação de indenização por danos morais, porque vítimas de **voyeurismo**, vantagem indevida em prejuízo do patrão, induzindo em erro, para tanto, o magistrado a quem a causa seria distribuída.

Ocorre, todavia, que, não tendo sido ajuizada a ação no Juízo Cível, tem-se por não inicializada a conduta típica do estelionato, porque não principiada, é indubitável, a fraude, ou seja, a indução em erro do magistrado.

Acerca da tentativa, aliás, causa de adequação típica mediata, confira-se o magistério do Professor Damásio Evangelista de Jesus, *in "Direito Penal"*, 1º volume, Parte Geral, 22ª edição, revista e atualizada, 1999, Editora Saraiva, página 330, **verbis**:

"Exigindo a lei atos de execução, não aceitou a teoria subjetiva ou voluntarista, que se contenta com a exteriorização da vontade através da prática de atos preparatórios; nem com a sintomática, que se satisfaz simplesmente com a periculosidade subjetiva manifestada. Foi aceita a teoria objetiva, exigindo um início típico de execução." (nossos os grifos)

Não é outro, acrescente-se, o entendimento do Professor Júlio Fabbrini Mirabete, *in "Código Penal Interpretado"*, Editora Atlas, 1999, página 144, **verbis**:

"Os atos de execução, ou executórios, são os atos materiais dirigidos diretamente à prática do crime. Para distinguir entre atos preparatórios e atos de execução, a lei adotou o critério do início da realização do tipo, formal, em que se dá o reconhecimento da execução quando se inicia a realização da conduta núcleo do tipo."

Tem-se, portanto, que, para o reconhecimento da tentativa de estelionato, mostra-se imprescindível tenha o agente iniciado a conduta fraudulenta o que, na hipótese, consistiria no ajuizamento da ação no Juízo Cível, na busca da obtenção da vantagem indevida, não afirmada pela denúncia.

Nesse sentido, novamente o magistério de Mirabete:

"Nada impede a tentativa, que ocorre quando, apesar da fraude, o agente não consegue obter a vantagem indevida. " (in "Código Penal Interpretado", Editora Atlas, 1999, página 1.107, nossos os grifos)

Superior Tribunal de Justiça

Daí porque, arredada a tipicidade objetiva da conduta, há de ser a inicial acusatória rejeitada, à luz do que determina o artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal, **verbis**:

"Art. 43 A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - o fato narrado evidentemente não constituir crime. "

Esta, a lição doutrinária, consoante se extrai, mais uma vez, do magistério do Professor Júlio Fabbrini Mirabete, *in "Processo Penal"*, 5ª Edição, 1996, Editora Atlas, página 127:

"A denúncia é uma exposição, por escrito, de fatos que constituem em tese um ilícito penal, ou seja, de fato subsumível em um tipo penal, com a manifestação expressa da vontade de que se aplique a lei penal a quem é presumivelmente o seu autor e a indicação das provas em que se alicerça a pretensão punitiva.

(...)

O fato descrito deve ser subsumível a uma descrição abstrata na lei (tipo penal); se não se reveste de tipicidade não há imputação de crime e a denúncia deve ser rejeitada. "

Outro não é, adite-se, o posicionamento sufragado no âmbito desta Corte Superior de Justiça, valendo, a propósito, conferir os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DE DENÚNCIA. EXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. DILIGÊNCIAS. CARÁTER PROCRASTINATÓRIO. APRECIÇÃO DE PROVAS.

- O trancamento de ação penal por falta de justa causa, postulada na via estreita do habeas-corpus, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente.

(...)" (HC 13.009/RJ, Relator Ministro Vicente Leal, in DJ 4/6/2001).

"PROCESSO PENAL - ATO OBSCENO - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - PROFUNDO EXAME DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE.

- No âmbito deste Colegiado tem-se consagrado que o trancamento de ação penal por falta de justa causa, pela via estreita do writ, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente. (...)" (RHC 9.907/SP, Relator Ministro Jorge Scartezini, in DJ 4/6/2001).

Gize-se, outrossim, que o afastamento da tentativa de estelionato não obsta o reconhecimento de delito outro, desde que os atos preparatórios, eles mesmos, consubstanciem a prática de crime autônomo.

Nesse sentido, confira-se a seguinte passagem do mestre Nelson Hungria, *in "Comentários ao Código Penal"*, Volume I, Tomo II, Editora Forense, página 76, **verbis**:

"Se o indivíduo passa da nuda cogitatio aos atos preparatórios, e estes representam, em si mesmos, uma ameaça à ordem jurídica, já então a lei do Estado

Superior Tribunal de Justiça

pode intervir, tornando punível a atuação da vontade, mas entenda-se: punível por si mesma, e nunca por extensão da punibilidade do crime planejado."

Na espécie, contudo, a subtração de duas fitas de vídeo, se para as pacientes substanciam algum valor, dado o conteúdo nelas gravado, mostra-se insignificante para o apontado ofendido, assim como, de resto, para o Direito Penal, afinal, "(...) o *direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas.* " (*in* Princípios Básicos de Direito Penal, Francisco de Assis Toledo, Editora Saraiva, página 133).

Pelo exposto, concedo a ordem para determinar o trancamento da ação penal movida contra Renata Macedo Pereira, Michelle Ramos da Silva, Patrícia Guerra Domingues, Viviane Cristina Santos de Paula e Paula Cristina de Moura Pinto.

É O VOTO.



HABEAS CORPUS Nº 16.153 - RJ (2001/0026188-4)

VOTO

O SENHOR MINISTRO PAULO GALLOTTI:

Senhor Presidente, em relação à fundamentação do voto do Ministro Hamilton Carvalhido, não tenho dúvidas. Subscribo-o integralmente, até porque a questão do furto não foi objeto da denúncia, e, mesmo que o fosse, V. Exa. aponta para sua insignificância. Porém, Ministro Carvalhido, ainda que V. Exa. dissesse que não tenha enfrentado, continuo também com o outro fundamento - aliás, trago hoje um pedido de vista no tocante àquela participação do Presidente do BANERJ.

Elaborou-se um inquérito policial, que foi remetido a juízo. Aberta vista ao representante do Ministério Público, que considerou impossível, na sua ótica, oferecer denúncia, dizendo ser moralmente reprovável o ato, mas não via razão para deflagrar a ação penal. Não se conformando com essa decisão, o magistrado determinou a remessa dos autos ao Ministério Público de Segundo Grau, onde uma Câmara ou Turma concluiu:

"Preenchidos os elementos típicos presentes na hipótese, a figura típica criminosa do art. 203 do Código Penal, resta, então, analisar competência".

A competência é da Justiça Estadual, dizem os pareceristas.

"Presente, portanto, a tipicidade da conduta descrita nos autos, que à falta de tutela penal específica, destinada à proteção da intimidade, se amolda à norma prevista no art. 203".

E no último parágrafo: *"Em face do exposto, o parecer é no sentido de não insistir no arquivamento, com a designação de Promotor de Justiça desimpedido para oferecer denúncia. "*

Ora, o art. 28 do Código de Processo Penal diz que, nessa situação, far-se-á remessa do inquérito ou peça de informação ao Procurador-Geral, e este oferecerá a denúncia ou designará outro órgão do Ministério Público para fazê-lo.

Há um caráter vinculante nessa determinação. Estamos trabalhando em termos de promotor natural, porque ele achou que não havia delito a ser apurado. O Código prevê a hipótese de o juiz, não se conformando com essa manifestação, mandar os autos ao Procurador-Geral, tendo este afirmado que havia delito, em tese, a ser perseguido. O crime do art. 203. Ele deveria oferecer denúncia, mas não o fez por todas as razões que sabemos. Designou ele, então, outro Promotor para deflagrar a ação penal pela prática do ilícito a que se refere o artigo 203 do Código Penal. Seria possível oferecer peça acusatória diversa da determinação superior? A meu ver, não haveria a possibilidade de ser oferecida outra denúncia, com todo o respeito.

Também por este fundamento, concedo a ordem para trancar a ação penal.

É como voto.

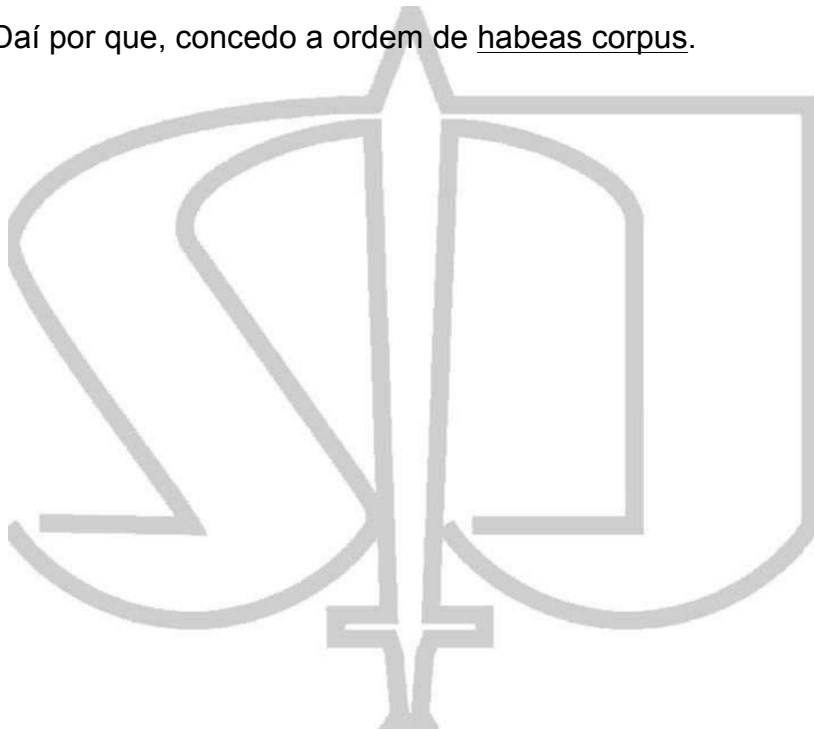
HABEAS CORPUS Nº: 16153/RJ

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL:

Sr. Presidente, fazendo também minhas as considerações expendidas no ilustrado voto do Sr. Paulo Galloti, entendo que o Promotor de Justiça, ao receber a designação do Ministério Público Federal superior para oferecer denúncia, está adstrito ao fato que ensejou o primeiro arquivamento e, também, porque, evidentemente, os termos da denúncia não demonstram, absolutamente, a existência de crime, sequer crime tentado.

Daí por que, concedo a ordem de habeas corpus.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2001/0026188-4

HC 16153 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

EM MESA

JULGADO: 04/09/2001

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FERNANDO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WAGNER GONÇALVES**

Secretário

Bel **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	MAURO COELHO TSE E OUTROS
IMPETRADO	:	SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	RENATA MACEDO PEREIRA
PACIENTE	:	MICHELLE RAMOS DA SILVA
PACIENTE	:	VIVIANE CRISTINA SANTOS DE PAULA
PACIENTE	:	PAULA CRISTINA DE MOURA BRITO
PACIENTE	:	PATRÍCIA GUERRA DOMINGUES

ASSUNTO : PENAL - CRIMES DE ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente o Dr. Nélcio Roberto Seild Machado pelo paciente e o Dr. Wagner Gonçalves, Subprocurador-Geral da República.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. "

Superior Tribunal de Justiça

Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Fontes de Alencar, Vicente Leal e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 04 de setembro de 2001.

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário



Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 41.621 - RJ (2005/0019019-0)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : ROSE CONCEIÇÃO MIRANDA
IMPETRADO : TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : AMARO RANGEL ALVES
PACIENTE : BENTO DOS SANTOS CAETANO
PACIENTE : FRANCISCO DE ASSIS SILVA BARRETO

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO TENTADO. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS DA TENTATIVA. DÚVIDA QUANTO À OCORRÊNCIA DA CONDUTA TÍPICA. ILEGALIDADE DA CONDENAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO RECONHECIDA NA SENTENÇA E NO ACÓRDÃO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não cabe condenação por tentativa, sob pena de configurar constrangimento ilegal, quando não se demonstram – com base no conjunto probatório produzido durante a instrução criminal – os atos de execução, a não-consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente e o dolo do delito consumado.
2. A dúvida quanto ao efetivo início da execução do comportamento punível não autoriza a condenação por tentativa, tendo em vista que sua presença sempre se resolve em favor do agente, em observância ao princípio *in dubio pro reo*.
3. Ordem concedida para restabelecer a sentença do Juízo de 1º grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2005 (Data do Julgamento)

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 41.621 - RJ (2005/0019019-0)

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

AMARO RANGEL ALVES, BENTO DOS SANTOS CAETANO e FRANCISCO DE ASSIS SILVA BARRETO foram denunciados perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de São João da Barra/RJ, pela prática do crime previsto no art. 214, c/c o art. 226, inc. I, do Código Penal, por terem, no dia 21/10/2001, supostamente, constrangido a vítima NEUZA MARIA RANGEL BARRETO, mediante violência e grave ameaça, a permitir que com ela se praticassem atos libidinosos diversos da conjunção carnal, causando-lhe as lesões corporais descritas no respectivo auto de exame de corpo de delito.

Após a instrução criminal, com a juntada das alegações finais pelas partes, o ilustre Juízo *a quo* entendeu que "os fatos narrados na denúncia não se confirmaram", registrando na respectiva sentença que (fl. 44):

Consta na peça exordial que os acusados mantiveram conjunção carnal com a vítima mediante constrangimento, negando a prova técnica indireta a ocorrência de tais fatos. Atribuindo a conduta o crime de atentado violento ao pudor (certamente por ausência de prova técnica), não se demonstrou o narrado constrangimento e auxílio ou mesmo a prática do delito. Ao revés, os peritos relatam a resistência da vítima para a realização do exame específico, vindo de encontro à versão dos acusados quanto à resistência da vítima quando por estes procurada, gerando severas e fundadas dúvidas quanto à prática do crime imputado.

Dúvida, entretanto, não resta, quanto ao crime de lesões corporais dolosas, que, segundo laudo pericial, são de natureza leve, já que os acusados confessam que estiveram na residência da vítima, que apresentou as lesões no dia seguinte.

Com essas razões, por não estar o magistrado adstrito à definição jurídica traçada na inicial acusatória, entendeu o Juízo sentenciante em DESCLASSIFICAR a imputação feita na denúncia e condenar os acusados pela prática do delito de lesões corporais, previsto no art. 129, *caput*, do Código Penal, ao cumprimento da pena de 3 (três) meses de detenção, em regime aberto.

Irresignado com a aludida sentença, que desclassificou a acusação de prática de crimes sexuais para o de lesões corporais leves, recorreu o Ministério Público, tendo a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro dado parcial provimento à apelação, para condenar AMARO e FRANCISCO à pena de 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e BENTO à pena de 3 (três) anos e 9 (nove)

Superior Tribunal de Justiça

meses de reclusão, em regime integralmente fechado, como incursos no art. 213 do Código Penal, em sua modalidade tentada.

Contra o mencionado acórdão, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela acusação, ROSE CONCEIÇÃO MIRANDA impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com o objetivo de sustar os mandados de prisão expedidos em desfavor dos acusados.

Sustenta a impetrante, em síntese, que o crime sexual imputado aos pacientes não restou suficientemente comprovado, pois a prova testemunhal em que se baseou o Tribunal *a quo* para a condenação apresentou diversas irregularidades, não podendo ser utilizada como prova principal. Alega, ainda, que não houve prova técnica, haja vista a recusa da vítima em se submeter a exame ginecológico.

Assevera, por fim, que os pacientes são pessoas muito queridas pela comunidade de São João da Barra/RJ e que não representam espécie alguma de perigo para a sociedade, razão pela qual indevida é a aplicação de pena privativa de liberdade.

O pedido formulado em sede de cognição sumária, com o objetivo de determinar "a expedição de salvo-conduto para os três pacientes" (fl. 5), foi por mim indeferido (fls. 72/73).

As informações requisitadas foram prestadas pela autoridade apontada como coatora (fls. 88/89) e vieram acompanhadas de cópia da sentença e do voto condutor do acórdão de apelação ora impugnado (fls. 90/101).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, opinou pela denegação do *writ*, por entender inviável a reavaliação das provas produzidas durante a instrução criminal na via eleita estreita do *habeas corpus* (fls. 103/104).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 41.621 - RJ (2005/0019019-0)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO TENTADO. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS DA TENTATIVA. DÚVIDA QUANTO À OCORRÊNCIA DA CONDUTA TÍPICA. ILEGALIDADE DA CONDENAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO RECONHECIDA NA SENTENÇA E NO ACÓRDÃO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não cabe condenação por tentativa, sob pena de configurar constrangimento ilegal, quando não se demonstram – com base no conjunto probatório produzido durante a instrução criminal – os atos de execução, a não-consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente e o dolo do delito consumado.
2. A dúvida quanto ao efetivo início da execução do comportamento punível não autoriza a condenação por tentativa, tendo em vista que sua presença sempre se resolve em favor do agente, em observância ao princípio *in dubio pro reo*.
3. Ordem concedida para restabelecer a sentença do Juízo de 1º grau.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Não se discute que a via do *habeas corpus* não é adequada para a apreciação e valoração de matéria probatória, que deve ser efetivada, após o encerramento da instrução criminal, quando da sentença ou, se for o caso, do julgamento de eventual recurso de apelação. Nesse sentido, vasta é a jurisprudência deste Tribunal (RHC 17.329/PR, da minha relatoria, DJ 22/8/2005, p. 304; dentre inúmeros outros).

Contudo, na hipótese, sem proceder ao reexame da prova produzida nos autos ou à valoração do conjunto fático-probatório, vedado na via eleita, penso que o acórdão impugnado impôs aos pacientes evidente constrangimento ilegal, ao condená-los pela prática do crime de estupro, na forma tentada, diante de dúvida no que tange à prova da materialidade do delito.

Com efeito, registra o voto condutor do acórdão impugnado por meio deste *writ* que (fls. 110/101):

O que a prova deste processo moldou no meu livre convencimento foi que,

Superior Tribunal de Justiça

de fato, a casa onde a ofendida Neuza morava com sua mãe Maria Izabel era um local aonde os homens do lugar iam, mediante pagamento de R\$ 5,00 a R\$ 10,00, manter relações sexuais tanto com Maria Izabel como com a filha desta, portadora de deficiência mental e quem a mãe, como diversas testemunhas disseram, "costumava vendê-la". Por ser esse fato de amplo conhecimento da cidade, os apelados, no dia dos fatos e depois de terem ido ao circo e bebido, ao chegarem na tal casa verificaram que Maria Izabel ali não se encontrava e, mesmo assim, resolveram satisfazer seus instintos sexuais com a ofendida, acontecimento que neste momento o processo mostra-se nebuloso sobre se, de fato, houve o crime sexual ou se este, ante a resistência ofertada pela vítima e que se comprova pelo laudo de lesões corporais, manteve-se na esfera da tentativa.

Diante desta dúvida é que inclino a minha decisão no sentido de indicar tenham os delitos atribuídos aos apelados, e descritos na denúncia como de "relações sexuais", permanecido na esfera da tentativa, e que os aponto como o definido no art. 213 do C. Penal, ante a narrativa de peça inicial do M. Público.

Verifica-se, assim, com a leitura dos fundamentos do voto condutor acima transcrito, que o Tribunal *a quo* optou pela condenação na forma tentada diante da dúvida quanto à prova da materialidade do delito imputado na denúncia.

Júlio Fabbrini Mirabete ensina que "A tentativa é a realização incompleta do tipo penal, pois o agente pratica atos de execução, mas não ocorre a consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente. Seus elementos são, portanto: (a) ato de execução; (b) não-consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente; (c) dolo. Situa-se, assim, no *iter* criminoso, a partir da prática de um ato de execução, desde que não haja consumação por circunstâncias independentes da vontade do agente. Se a consumação não ocorre por vontade do agente configura-se a desistência voluntária ou o arrependimento eficaz e não a tentativa" (*Código Penal Interpretado*, 5ª ed., Ed. Atlas S/A, p. 161).

Dessa forma, mesmo considerando que o *iter criminis* é composto de cogitação, atos preparatórios, atos de execução e consumação, segundo Celso Delmanto, "Na prática, é importante observar o verbo (núcleo) que indica o comportamento punível, para verificar se houve ou não tentativa. Nem a cogitação do crime nem os atos preparatórios são puníveis, em vista do critério do art. 14, inc. II, do Código Penal" (*Código Penal Comentado*, 6ª ed., Ed. Renovar, p. 25).

De fato, conforme entendimento jurisprudencial, inclusive deste Superior Tribunal, "Acerca da tentativa, causa de adequação típica mediata, '(...) Exigindo a lei atos de execução, não aceitou a teoria subjetiva ou voluntarista, que se contenta com a exteriorização da vontade através da prática de atos preparatórios; nem com a sintomática, que se satisfaz simplesmente com a periculosidade subjetiva manifestada. Foi aceita a teoria objetiva,

Superior Tribunal de Justiça

exigindo um início típico de execução' (*in Direito Penal*, Damásio Evangelista de Jesus, 1º volume, Parte Geral, 22ª edição, revista e atualizada, 1999, Editora Saraiva, página 330)" (HC 16.153/RJ, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 27/5/2002, p. 200).

No caso, a dúvida quanto ao início típico da execução do comportamento punível não autoriza a condenação por tentativa de estupro, além do que, não há como deixar de considerar, também, que o voto condutor do acórdão impugnado nem mesmo demonstrou em que ponto o processo executório do crime atribuído na denúncia foi interrompido por circunstâncias alheias à vontade dos pacientes.

Desse modo, evidenciada pelo voto condutor do acórdão impugnado a dúvida sobre a existência da conduta típica do crime de estupro (Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça), seja em sua forma consumada ou tentada, exige-se seja dada interpretação mais favorável ao réu, notadamente diante da recusa veemente da vítima em se submeter ao exame ginecológico.

É sabido que, à luz da jurisprudência dominante, a ausência de exame de corpo de delito, quando impossível de ser realizado, pode ser suprida diante do conjunto das demais provas carreadas aos autos, o chamado exame de corpo de delito indireto. Todavia, conforme registrado na sentença e no acórdão, os depoimentos testemunhais são frágeis e contraditórios, tanto que o relator não teve como deixar expressa a sua dúvida quanto à efetiva ocorrência de conjunção carnal, tanto que optou pela condenação na forma tentada, motivo pelo qual se torna ilegal o decreto condenatório por crime de estupro tentado.

Assim sendo, correta foi a sentença, que se limitou a adequar a conduta dos pacientes ao que restou devidamente comprovado nos autos por meio de laudo pericial e depoimentos testemunhais, condenando-os somente pelo delito de lesões corporais previsto no *caput* do art. 129 do Código Penal.

Portanto, diante da flagrante ilegalidade de condenação fundada em dúvida, que sempre se resolve em favor do agente, em observância ao princípio *in dubio pro reo*, **concedo a ordem** para restabelecer a sentença do Juízo de 1º grau.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2005/0019019-0

HC 41621 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 32042003 40112002

EM MESA

JULGADO: 11/10/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROSE CONCEIÇÃO MIRANDA
IMPETRADO : TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : AMARO RANGEL ALVES
PACIENTE : BENTO DOS SANTOS CAETANO
PACIENTE : FRANCISCO DE ASSIS SILVA BARRETO

ASSUNTO: Penal - Crimes contra a Pessoa (art.121 a 154) - Crimes contra a vida - Lesão Corporal (art. 129)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator concedendo a ordem, pediu vista o Sr. Ministro Felix Fischer.

Aguardam os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz.

Brasília, 11 de outubro de 2005

LAURO ROCHA REIS
Secretário

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 41.621 - RJ (2005/0019019-0)

VOTO-VISTA

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Passo a ler a ementa do Sr. Ministro-Relator:

" Não cabe a condenação.....
.....a decisão de Primeiro Grau."

O Sr. Ministro-Relator examinou bem a matéria e concedeu a ordem de **habeas corpus**.

Dessa forma, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2005/0019019-0

HC 41621 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 32042003 40112002

EM MESA

JULGADO: 06/12/2005

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROSE CONCEIÇÃO MIRANDA
IMPETRADO : TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : AMARO RANGEL ALVES
PACIENTE : BENTO DOS SANTOS CAETANO
PACIENTE : FRANCISCO DE ASSIS SILVA BARRETO

ASSUNTO: Penal - Crimes contra a Pessoa (art.121 a 154) - Crimes contra a vida - Lesão Corporal (art. 129)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de dezembro de 2005

LAURO ROCHA REIS
Secretário

HABEAS CORPUS Nº 112.639 - RS (2008/0171130-0)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : CHARLES LUIZ PAIM
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL
PACIENTE : PAULO CÉSAR PEREIRA MACHADO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INÍCIO DA PRÁTICA DOS ATOS DE EXECUÇÃO. TIPICIDADE CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE PROCESSOS EM CURSO. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ROUBO ACIMA DO MÍNIMO EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES.

1. Pretensão de absolvição do paciente ao argumento de que sua conduta se restringiu aos preparatórios do roubo, não havendo falar em tentativa.

2. Matéria que esbarra na impossibilidade de se proceder, na via eleita do **habeas corpus**, ao revolvimento das provas já examinadas pelas instâncias ordinárias.

3. O Tribunal de origem, de forma fundamentada, concluiu, na espécie, ter o paciente dado início, juntamente com os demais corréus, aos atos executórios do crime de roubo, que somente não se consumou em razão da pronta intervenção policial.

4. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que inquéritos ou ações penais em andamento não podem ser levados em conta para efeito de fixação da pena-base acima do mínimo, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

5. Segundo entendimento pacífico deste Tribunal, ainda que se trate de roubo duplamente circunstanciado, a fixação do respectivo coeficiente de aumento exige fundamentação concreta, não bastando a alusão à quantidade de majorantes.

6. Ordem parcialmente concedida para, reduzido, de ofício, o coeficiente de aumento do roubo circunstanciado a 1/3 (um terço), estabelecer as penas a que foi condenado o paciente, na ação penal aqui tratada, em 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a serem cumpridos inicialmente no regime fechado, e pagamento de 5 (cinco) dias-multa.

ACÓRDÃO

Superior Tribunal de Justiça

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 25 de agosto de 2009 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



HABEAS CORPUS Nº 112.639 - RS (2008/0171130-0)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: A hipótese é de **habeas corpus** manejado em benefício de Paulo César Pereira Machado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, dando parcial provimento à apelação do Ministério Público, condenou-o, pela prática de tentativa de roubo circunstanciado e formação de quadrilha, a 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, inicialmente no regime fechado.

Pretende-se a absolvição do paciente no tocante ao roubo tentado, sustentando que a sua conduta é atípica, visto que circunscrita a meros atos preparatórios. Caso assim não se entenda, requer-se a redução da pena e o estabelecimento do regime menos gravoso.

Indeferida a liminar, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 112.639 - RS (2008/0171130-0)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Colhe-se dos autos que o paciente, juntamente com outras pessoas, foi denunciado por tentativa de roubo circunstanciado e formação de quadrilha, em peça assim redigida, no que interessa (fls. 179/181):

No dia 04 de julho de 2001, cerca de 08h10min, na Avenida Praia de Belas, em frente à agência do Banco do Brasil, nesta Capital, os denunciados, em acordo de vontades e conjugação de esforços, tentaram subtrair, para si, mediante grave ameaça exercida com o emprego de armas de fogo, valores da agência bancária, somente não obtendo êxito na empreitada criminosa por circunstâncias alheias às suas vontades, eis que foram presos em flagrante delito por Policiais Cíveis e Militares.

Para perpetrar o delito, os denunciados André e Eder, no dia dos fatos, encontraram-se na Praça do Avião, em Canoas, cerca de 07h30min, e dirigiram-se para Porto Alegre, a bordo do automóvel marca Chevrolet, modelo Vectra, de cor branca, placas IEZ-3645 (auto de apreensão de fl. 27 do APF), passando a ser monitorados por policiais.

Em Porto Alegre, em local ainda não identificado, mas certamente nas proximidades da agência do Banco do Brasil - Praia de Belas, André passou para o automóvel marca Chevrolet, modelo Astra, de cor branca, placas CEO-2388 (auto de apreensão de fl. 51 do APF), no qual já se encontravam os denunciados Luciano e Paulo Cesar, tendo Luciano, por sua vez, embarcado no automóvel Vectra, conduzido pelo denunciado Eder. Determinadas as duplas, dirigiram-se para o banco já mencionado.

Lá chegando, e sob monitoramento de policiais (vide depoimentos de fls. 12/18 do APF e depoimentos ora juntados), desceram dos veículos e dirigiram-se para a frente da agência bancária, quando pararam e logo a seguir, seguiram adiante, parando novamente poucos metros após, oportunidade em que foram abordados e presos pelos policiais que os estavam monitorando, circunstância alheia às suas vontades.

Com o denunciado Eder foi apreendida uma pistola marca Taurus, modelo PT 575, nº M09711, calibre 7,65 mm, municiada com treze (13) cartuchos, um telefone celular e documentos (auto de apreensão de fls. 29 e 33 do APF); com o denunciado Luciano foi apreendida um pistola marca Taurus, calibre 380, municiada com doze (12) cartuchos,

com a numeração de série raspada, um aparelho celular, uma CNH, uma cédula de identidade e cartão de CPF/MF, todos adulterados com a foto de Luciano e em nome de Elias Ricardo Machado de Matos, além de diversos documentos em nome de Marta Andrade do Canto (auto de apreensão de fls. 26, 29 e 43 do APF); com o denunciado Paulo Cesar foram apreendidos diversos documentos e cartões magnéticos bancários, além de um aparelho celular (auto de apreensão de fls. 29 e 34/35 do APF); com o denunciado André foram apreendidos orçamentos de conserto do automóvel Gol placas ACD-9183 e um aparelho celular (auto de apreensão de fls. 29 e 40, do APF).

Os denunciados Eder Barbosa Ferreira e André Alberto Greff Freitas foram reconhecidos como autores do roubo tentado contra o Banrisul, agência Pab Redenção, nesta Capital, fato ocorrido no dia 03 de abril 01, cerca de 08h25min (termo de declarações e auto de reconhecimento, ora juntados). Também, o denunciado André Alberto Greff Freitas foi reconhecido como um dos autores do crime de roubo contra o Banco Sidredi, de Novo Hamburgo, fato ocorrido no dia 28 jun 01, cerca de 07h30min (termo de declarações e auto de reconhecimento, ora juntados). Ainda, os denunciados Eder Barbosa Ferreira, Paulo Cesar Pereira Machado e Luciano Andrade do Canto foram reconhecidos como os autores do roubo tentado contra o Unibanco, agência Assis Brasil, fato ocorrido no dia 18 jun 01, cerca de 13h45min, oportunidade em que foi mortalmente ferido o vigilante da casa bancária (termo de declarações e auto de reconhecimento, ora juntados).

Os denunciados Eder Barbosa Ferreira, André Alberto Greff Freitas, Luciano Andrade do Canto e Paulo Cesar Pereira Machado associaram-se, de forma estável, em quadrilha ou bando armado, para o fim de cometer crimes, nos moldes descritos no fato nº 1, supra. As funções dos denunciados na quadrilha ou bando eram idênticas, quais sejam, a de planejar e perpetrar crimes.

O Juiz de primeiro grau, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, absolveu o paciente das referidas acusações.

O Tribunal de origem, dando parcial provimento ao recurso do *parquet*, condenou o paciente, pelos mencionados crimes, ao total de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, inicialmente no regime fechado.

Buscando, especificamente, a absolvição no tocante à tentativa de roubo, sustenta o impetrante, no ponto, que a conduta do paciente é atípica, visto que não teria ultrapassado a fase dos atos preparatórios.

Superior Tribunal de Justiça

Enfatiza:

ao que se percebe, por estudiosos e outros julgados, majoritariamente adota-se o critério da teoria formal, em vista também, do princípio da reserva legal, pelo qual só é considerado crime o fato expressamente descrito em lei. Então, só será considerado início de execução uma conduta que viabilize diretamente a execução do tipo e, conseqüentemente, exponha a risco o bem jurídico penalmente tutelado, e no caso dos autos o bem nunca esteve em risco ou desprotegido, pelo contrário, o banco era naquele momento o estabelecimento mais bem vigiado da cidade. (fl. 7)

Tenho, contudo, que a pretensão do paciente esbarra na impossibilidade de se proceder, na via eleita do **habeas corpus**, como se sabe, ao revolvimento das provas examinadas nas instâncias ordinárias.

Além disso, o Tribunal de origem, de forma fundamentada, concluiu, na espécie, ter o paciente dado início, juntamente com os demais corréus, aos atos executórios do crime de roubo, que somente não se consumou em razão da pronta intervenção policial.

Leia-se o acórdão, na parte que trata da matéria (fls. 547/553):

O policial civil Sérgio Reis Dutra (fl. 866) contou que estava na força tarefa, a qual recebeu a notícia de que uma quadrilha preparava-se para cometer um assalto a banco. Relatou que lograram obter o número de telefone dos acusados, procedendo-se a escuta dos telefones. Descobriram que Éder, Luciano, Adré e outra pessoa iriam assaltar o Banco do Brasil. Relatou que, pelas escutas, depreenderam o dia e hora dos crimes, bem assim tiveram acesso a todos os detalhes de planejamento. Relatou que os réus vieram em dois carros: Vectra branco e Astra. Pela escuta telefônica obtiveram ciência de que o motorista do Vectra estaria encarregado de pegar um comparsa em Canoas, fato depois confirmado por uma viatura da polícia deslocada até o local para verificar tal informação. Referiu ter havido deliberação no sentido deter os acusados antes de entrarem na agência bancária, de sorte a evitar um possível tiroteio.

A testemunha João Calos Silveira Borges (fls. 741/743), policial militar, contou que a polícia estava monitorando os acusados, a partir de informações prestadas pelo Ministério Público. Referiu que, na manhã do dia 04 de junho, receberam a informação de que os acusados cometeriam um assalto a banco, montando observação no local indicado. Registrou que, quando os acusados distavam 07 metros da

Superior Tribunal de Justiça

porta do banco, foram todos detidos. Contou que o acusado Éder portava uma valise com 02 armas de fogo. Por fim, narrou que um dos acusados, possivelmente Luciano, apresentou documentos falsos.

Alexandre Silvestre Loreto Jobin (fl. 745), igualmente oficial militar, esclareceu que fazia parte de um grupo especial da Brigada Militar e que a força-tarefa do Ministério Público estava monitorando os acusados em face de informações no sentido de que integrariam uma quadrilha que se voltava para assaltos a agências bancárias. Relatou que o Ministério Público recebeu uma informação de que realizariam um assalto na data e hora indicadas. Contou não saber precisar como o Ministério Público obteve ciência no que cinge à prática do delito, mas que acredita que tal ocorreu via escuta telefônica. Confirmou ter ido até Canoas para constatar possível encontro de parte dos acusados. Esclareceu que os réus saíram do local de encontro, na cidade de Canoas, em um veículo Vectra branco. Acrescentou que rumaram para a agência bancária objeto do delito, onde já estavam postados outros policiais. Esclareceu ter visto os réus chegarem à pé, tendo antes estacionado na via pública nos carros Astra e Vectra, ambos de cor branca. Neste interregno, aduz que o "Gate" abordou os acusados e efetuou a prisão. Acrescentou que Éder carregava, em uma maleta, as armas de fogo. Por fim, esclareceu que resolveram abordar os réus antes de adentrarem no banco, temendo a hipótese de haver tiroteio.

Luiz Rogério Silva (fl. 750), igualmente policial militar, confirmou as versões narradas por seus colegas, destacando que, embora tenha presenciado a apreensão dos armamentos, os dois artefatos estavam em uma maleta.

Simone de Castro Agliardi nada referiu sobre o assalto ora em comento, mas sobre outro, no qual um dos acusados teria matado um vigilante (fl. 754).

O mesmo parece ter havido com a testemunha Iris da Silva Grandi (fl. 756), já que se refere a uma fita de vídeo não noticiada nestes autos.

Jenifer Cardoso não reconheceu os acusados (fl. 453).

Vinicius Marques da Silva (fl. 757) disse ter assistido as fitas de vídeos em que os réus praticavam crimes.

Luiz Ricardo (fl. 1134, reconhece o réu Luciano, mas nada narrou sobre o fato.

Conforme se depreende, as testemunhas presenciais resumem-se a policiais, o que, todavia, não invalida suas assertivas, como, de forma indireta, fez crer a sentença ao deixar de sopesar o relevo de tal prova. Os referidos policiais, de forma uniforme, relataram que, no ensejo, após o contato efetuado pelo Ministério Público, postaram-se aos redores da agência vítima do roubo, aguardando a chegada dos autores.

Do mesmo modo, seguiram os réus desde o momento em que dois deles se encontraram em uma praça, na cidade de Canoas, até o

ensejo no qual iniciaram a execução do ilícito, que não se confirmou pela intervenção policial.

Cabe registrar que face às degravações das conversas efetivadas entre os acusados (fls. 357/358 e 745/749), resta nítido o propósito delitivo, revelando ditas comunicações o agir organizado que envidavam, estudando a melhor forma de desempenharem o crime.

Retome-se que as degravações revelaram que os acusados já há muito estudavam a cena do crime, planejando organizadamente a empreitada delitiva, inclusive as circunstâncias e dia em que sucederia o evento. Estudaram os hábitos da agência bancária, a maior hora de fluxo de clientes no caixa eletrônico e o comportamento do segurança encarregado de cuidar da porta giratória.

Após esgotarem tal fase, deram início aos atos de execução propriamente ditos: dois dos réus lograram se encontrar em uma praça na cidade de Canoas e rumaram ao local do crime em um carro. Não se sabe, com certeza, como os demais lá aportaram, mas todos os agentes encontraram-se e trocaram de carro, estacionando os veículos em ruas adjacentes, para facilitar a fuga. Ao depois, caminhando, rumaram à agência do Banco do Brasil para a perpetração do crime. Um dos acusados carregava consigo duas armas de fogo em uma pasta.

Após tal desenrolar, quando já estavam praticamente na porta de acesso da agência bancária, a polícia, como se viu dos depoimentos dos agentes de segurança envolvidos na prisão, deliberou interceptá-los, evitando, assim, expor à vida dos demais cidadãos, já que se tratava de quadrilha organizada e audaz que, inclusive, por ocasião de outro fato delitivo assassinou sumariamente um vigia.

Vale ponderar que, hodiernamente, em certos casos, vem se abandonando a noção clássica de tentativa, consagrada pela teoria objetivo-formal, que exige a prática de verbos nucleares do tipo para se poder falar em início de execução. Não se pode esperar venha o agente a executar a ação delineada no tipo para tão-somente nesse caso interromper sua atividade, restando configurado o tentame. Imagine-se o caso de alguém que saca uma arma de fogo com o escopo de lesionar outrem, alardeando que atingirá o alvo em suas pernas. Somente se poderia falar em início de execução quando, apontado o artefato, desferisse o agressor o primeiro disparo, porque somente assim teria produzido ação capaz de atingir a integridade física da vítima. Antes do primeiro tiro, a ação do agressor não teria potencialidade lesiva e não se amoldaria à figura do crime de lesões corporais.

Por essa razão, crescente a aplicação das teorias objetiva-materiais, que afirmam o início de execução do crime como sendo caracterizado pela prática de atos que, segundo a experiência comum, revelam inequivocadamente venha a conduta do agente a acabar por se amoldar a elementares típicas de um ilícito.

E essa concepção moderna atenta aos ditames do Código Penal, porquanto nosso diploma repressivo fala em início de execução do crime, não em início de execução das elementares típicas. Deve-se deixar de lado a idéia formatada de conceito de delito. Hoje as ações criminosas estão cada vez mais especializadas, não se podendo esperar, sob pena de dar azo à impunidade, que venham os agentes a iniciar a execução das elementares típicas. Há determinados casos, tal como o retratado nos autos, nos quais fica claro que da ação dos agentes, interrompida por motivos externos a sua vontade, resultaria a consecução de um ilícito.

Neste sentido refere a doutrina. Guilherme Nucci, comentando acerca da teoria objetivo-material anota o seguinte:

(...) vêm crescendo na prática dos tribunais, especialmente porque, com o aumento da criminalidade, tem melhor servido à análise dos casos concretos, garantindo punição a quem está em vias de atacar o bem jurídico, sendo desnecessário aguardar que tal ser realize, desde que se tenha prova efetiva disso. (...) Não se trata de punir a intenção do agente, pois esta estaria consubstanciada em atos claros e evidentes de seu propósito (...).

Nesse sentido também já decidiu este órgão fracionário.

APELAÇÃO-CRIME.

FURTO TENTADO. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOLO DO AGENTE. COMPROVAÇÃO.

Tendo sido o acusado flagrado no momento em que buscava passar por debaixo do portão arrombado que dá acesso ao pátio da residência da vítima e existindo nos autos elementos que permitem concluir que o furto somente não se perfectibilizou pela atuação de vigilante de segurança privada, tenho como comprovada a consecução do crime de furto tentado.

FURTO TENTATIVA. INÍCIO DA EXECUÇÃO DO CRIME.

A crescente especialização criminosa vem fazendo ganharem vulto as teorias objetivo-materiais tangentes à tentativa, que preceituam fazer parte da execução delituosa que, embora não se amolda às elementares típicas, é, segundo o senso comum e as peculiaridades do caso, caminho que levará necessariamente à consecução de um crime. Concepção que encontra amparo no Diploma Legal Repressivo, que, no artigo 14, inciso II, fala em início da execução do crime, não em início da execução da figura

Superior Tribunal de Justiça

típica, devendo o ilícito ser aferido segundo ótica global, tomando em consideração as circunstâncias fáticas hábeis a revelar fosse o ato perpetrado pelo agente parte de conduta que resultaria em ilícito penal.

TENTATIVA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO.

Tendo sido o agente preso em flagrante antes mesmo de adentrar a residência da vítima, fica claro que recém havia iniciado o iter criminis do delito de furto, razão pela qual a mitigação em decorrência do reconhecimento da tentativa deve se dar em patamar máximo.

Desta forma, entendo caracterizada a tentativa no caso em apreço, não se podendo falar em prática de meros atos preparatórios, mas sim em atos de execução.

O Professor Guilherme de Souza Nucci, em seu *Manual de Direito Penal*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 303, embora reconheça o prestígio da teoria objetivo-formal, afirma que

(...) qualquer teoria, à luz do caso concreto, pode ganhar contornos diferenciados, pois tudo depende das provas produzidas nos autos do inquérito (antes do oferecimento da denúncia ou queixa, voltando-se à formação da convicção do órgão acusatório) ou do processo (antes da sentença, tendo por fim a formação da convicção do julgador).

Afirma, noutro passo, a impetração que:

*(...) decisão proferida pela Oitava Câmara Criminal do TJRS não aplicou corretamente o artigo 59 do CP ao fixar a pena-base pela prática do delito de roubo tentado descrito na denúncia, tampouco apresentou qualquer motivação idônea para fixar o regime fechado para o início de cumprimento da pena carcerária, deixando de aplicar o art. 33, § 2º, "b", do CP, acabando por contrariar a legislação penal vigente. Além disso, o **decisum** apresenta fundamentos manifestamente contrários às provas dos autos, ferindo os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade. (fl. 7)*
Enfatiza, ademais, que:

"o paciente é primário e de bons antecedentes, tanto é verdade que o Ministério Público reconheceu esta condição na fl. 97, e o magistrado utilizou esse fundamento (primariedade) quando concedeu a liberdade na fl. 101, e mais, existem no processo, além das informações policiais

Superior Tribunal de Justiça

da vida pregressa do paciente das fls. 75/76, outras certidões cartorárias, fls. 113, 336, as quais atestam a primariedade do paciente, comprovando, assim, que o acórdão se afastou contundentemente das informações dos autos, merecendo, portanto, correção" (fl. 9).

Veja-se o trecho do acórdão que cuida da aplicação da pena:

Fixação das penas em relação ao crime de roubo tentado.

A culpabilidade dos réus revela-se elevada, na medida em que possuíam total conhecimento da ilicitude do ato que praticavam. Vale registrar, neste tópico, o grau acentuado de reprovação deste vetor, tendo em conta o agir extremamente organizado de que se valiam os acusados, porquanto planejaram de forma detalhada o ilícito, estudando previamente a cena do crime.

Acerca da conduta social dos réus, nada há capaz de desaboná-la.

Quanto aos antecedentes, os acusados Éder (fl. 328), André (fl. 330), Paulo César (fl. 331) e Luciano (fl. 333) são tecnicamente primários, porquanto à época do cometimento do fato, 04 de julho de 2001, não registravam outras condenações, o mesmo ocorrendo com Martilene.

Em relação à personalidade, Éder (fl. 328), André (fl. 330), Paulo Cezar (fl. 331) e Luciano (fl. 333), revelam estas tendências a cometimento de ilícitos penais, uma vez que todos registram envolvimento em outros feitos, como se vê das mencionadas certidões.

Ainda neste ponto, de consignar que restou reconhecido que os citados réus cometeram outros assaltos a agências bancárias, bem assim que pretendiam continuar a delinquir, tendo em vista que já planejavam assalto a outro banco, denotando faziam do crime um meio de subsistência. Acresça-se que em um dos citados assaltos houve morte de um vigia e, mesmo assim, não se intimidaram, continuando na senda criminoso.

Já em relação à Martilene, sua personalidade também se revela desajustada, valorando-se negativamente tal vetor, uma vez que também tinha plena ciência da ilicitude do ato e, na medida do possível, auxiliava seu companheiro no escopo delitivo, atendendo a telefonemas e repassando àquele recados, contribuindo, de forma ativa, com este agir, na organização da empreitada criminoso em comento.

Os motivos revelam-se os naturais à espécie delitiva, destacando-se o lucro fácil neste tocante.

As circunstâncias do crime não favorecem os réus, tendo em vista que lograram escolher, para o cometimento do crime, horário previamente estudado, no qual a agência bancária estaria cheia de clientes, com especial movimento junto ao caixa eletrônico, o que dificultaria, por

Superior Tribunal de Justiça

certo, a atuação dos seguranças do banco e, ainda, facilitaria a escolha de eventual refém.

Quanto às consequências do crime e comportamento da vítima, nada digno de nota, inclusive porque os policiais lograram deter os acusados quando ainda estavam na calçada.

Assim, relativamente aos acusados Éder, André, Paulo Cezar e Luciano, despontando negativamente os vetores da culpabilidade, esta em alto elevado, personalidade e circunstâncias, fixo a pena-base em 06 anos e 06 meses de reclusão.

Realmente, no tocante à personalidade, apontada pelo Tribunal como negativa, tem-se que, para esse fim, considerou-se a existência de processo criminal ainda em curso, consoante se vê da própria certidão indicada no acórdão atacado (fl. 331 dos autos originários).

Contudo, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, inquéritos ou ações penais em andamento não podem ser levados em conta para efeito de fixação da pena-base acima do mínimo, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RECEPÇÃO. NECESSIDADE DE CORRETA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. CONSIDERAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DESAJUSTADA COM BASE EM PROCESSOS EM ANDAMENTO E ATOS INFRACIONAIS. ORDEM CONCEDIDA.

1 - As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder.

2 - Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo.

3 - Os atos infracionais praticados durante a adolescência do acusado não podem ser considerados como geradores de antecedentes, nem de personalidade desajustada.

4 - Se a maior parte das circunstâncias judiciais foram analisadas em favor do réu e o quantitativo da pena não ultrapassa quatro anos, não se tratando de réu reincidente, desde que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça justifica-se a substituição da pena

Superior Tribunal de Justiça

privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5 - Ordem concedida para anular parcialmente à decisão, no que se refere a dosimetria da punição e para o réu Fábio Júnio reconhecer a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade.

(HC nº 81.866/DF, Relatora a Desembargadora Convocada JANE SILVA, DJU de 15/10/2007)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES, PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS SEUS REQUISITOS. APLICAÇÃO RETROATIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 44 DO CP.

1. A existência de processos em andamento não se mostra adequada à caracterização de maus antecedentes, tampouco para a valoração da personalidade e conduta social do agente.

(...)

(HC 94744/MG, Relator p/ Acórdão Ministro PAULO GALLOTTI, DJe 03/08/2009)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 171, § 3º, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. PERSONALIDADE VOLTADA PARA PRÁTICA CRIMINOSA. PROCESSOS EM CURSO. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDUÇÃO DA REPRIMENDA OPERADA POR ESTA CORTE. ADVENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. I

- Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes). Da mesma forma, não podem ser tomados como elementos negativos da personalidade do agente (Precedentes).

(...)

(REsp 930376/RS, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe 03/08/2009)

No mais, a pena-base foi fixada com razoável fundamentação, atendendo aos ditames do art. 59, c/c o art. 68, ambos do Código Penal, sendo valoradas a culpabilidade e as circunstâncias do crime, ambas, como visto, desfavoráveis ao agente, dado o grau de organização e planejamento do crime e a forma de sua execução.

De outra parte, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de

Superior Tribunal de Justiça

Justiça, reconhecidas as ditas circunstâncias judiciais desfavoráveis, previstas no art. 59 do Estatuto Repressivo, é cabível a imposição regime prisional mais gravoso ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do referido diploma.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA CORPORAL. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS SUBJETIVOS. ORDEM DENEGADA.

1. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, pormenorizadamente individualizadas, não há qualquer ilegalidade ou abuso na fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da reprimenda.

2. In casu, a exasperação da pena-base e a conseqüente imposição do regime semiaberto foram devidamente fundamentada pelo Magistrado sentenciante, que levou em consideração não somente o fato de o paciente responder mais dois processos criminais, mas também foram elencadas outras circunstâncias judiciais desfavoráveis, tais como a culpabilidade do réu; sua conduta social reprovável; sua personalidade desvirtuada; e as circunstâncias do crime.

3. (...)

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer do MPF." (HC nº 84.543/MS, Relator o Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJU 08/10/2007)

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (SEMI-ABERTO) DIANTE DO QUANTUM DA PENA INFLIGIDA. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL.

1. A instância ordinária, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, as considerou desfavoráveis ao réu, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal. E, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, sem qualquer ilegalidade, impôs regime prisional mais gravoso. Precedentes desta Corte Superior.

2. Ordem denegada". (HC nº 55.367/SP, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJU de 4/12/2006)

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. ALEGAÇÃO DE CRIME CULPOSO E NÃO DOLOSO. MATÉRIA DE PROVA. VIA INADEQUADA. REGIME SEMI-ABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRÁTICA DE OUTRO CRIME. LATROCÍNIO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO (SÚMULA 523 DO STF). ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO. OFENDIDO. PREVISÃO DO ART. 268 DO CPP.

(...)

Em regra, o regime tem direta ligação com o **quantum** da pena, porém, diante de aspectos do caso, tais como, circunstâncias desfavoráveis, o Juiz pode fixar um regime mais gravoso do que o normal para o cumprimento da pena.

(...)

Ordem denegada. (HC 77967/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 06/10/2008)

Verifico, ao fim, a existência de constrangimento ilegal a ser sanado de ofício.

Com efeito, vê-se que o aumento, na terceira etapa de aplicação da pena, foi estabelecido em metade com base unicamente no número de majorantes do roubo, o que vai de encontro à jurisprudência desta Corte.

Confiram-se estes precedentes:

1. (...)

2. (...)

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. (HC-68.641/SP, Relatora Ministra Maria Thereza, DJe de 26.5.08)

1. (...)

2. A presença de duas majorantes no crime de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes) não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie. (HC-114.298/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 28.10.08)

Superior Tribunal de Justiça

Dito isso, a pena deve ser redimensionada, o que faço desde já.

Por persistirem, como observado, duas circunstâncias desfavoráveis – culpabilidade e circunstâncias do crime –, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Por conta da majorante de concurso de agentes e emprego de arma de fogo, elevo as penas em 1/3 (um terço), perfazendo 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, que, reduzidos em 2/3 (dois terços) pela tentativa, resultam em 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 5 (cinco) dias-multa.

Acrescidos 2 (dois) anos de reclusão, pela condenação pelo crime formação de quadrilha, tem-se a reprimenda final de 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 5 (cinco) dias-multa.

Diante do exposto, concedo parcialmente o **habeas corpus** para, reduzido, de ofício, o coeficiente de aumento do roubo circunstanciado a 1/3 (um terço), estabelecer as penas a que foi condenado o paciente na ação penal aqui tratada em 4 (anos), 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a serem cumpridos inicialmente no regime fechado, e pagamento de 5 (cinco) dias-multa.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2008/0171130-0

HC 112639 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 107254808 70012252482

EM MESA

JULGADO: 25/08/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NILSON NAVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CHARLES LUIZ PAIM

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : PAULO CÉSAR PEREIRA MACHADO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 25 de agosto de 2009

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.178.317 - RS (2010/0018420-4)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : DIEGO NASCIMENTO DOS SANTOS
RECORRIDO : MATEUS PEREIRA DA CRUZ
ADVOGADO : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRAO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TIPICIDADE. FURTO QUALIFICADO. AGENTES QUE, DEPOIS DE ARROMBADA A PORTA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL, ATINGIDO O PÁTIO E HAVIDA A APODERAÇÃO DOS BENS CUJA SUBTRAÇÃO PRETENDIA-SE, TÊM SEU INTENTO INTERROMPIDO PELA ATIVIDADE POLICIAL. TENTATIVA CONFIGURADA. SUPERAÇÃO DAS FASES DE COGITAÇÃO E PREPARAÇÃO DO DELITO. PARECER MINISTERIAL PELO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO, DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA QUE DÊ CONTINUIDADE AO EXAME DA AÇÃO PENAL, SUPERADO O PONTO AQUI DEFINIDO, COM A FIXAÇÃO DA APENAÇÃO.

1. Se, na cronografia do fato, a última fase alcançada ultrapassar meros atos de cogitação ou de preparação do delito, há de se dar relevo criminal ao fato e apenar seus agentes pelo crime, ao menos em sua forma tentada.

2. Na hipótese, arrombada a porta do estabelecimento comercial-vítima, atingido o seu interior e havida a apoderação do bem (embora não cessada a clandestinidade), a subtração - elementar do furto simples - não se concluiu, mas o arrombamento, componente do tipo derivado furto qualificado, sim e o crime só não foi finalizado porque obstado pela intervenção policial tempestiva.

3. Parecer ministerial pelo provimento do recurso.

4. Recurso provido, determinando o retorno dos autos à instância de origem para que dê continuidade ao exame da Ação Penal, superando o ponto aqui definido, com a fixação da penação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 26 de outubro de 2010 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.178.317 - RS (2010/0018420-4)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : DIEGO NASCIMENTO DOS SANTOS
RECORRIDO : MATEUS PEREIRA DA CRUZ
ADVOGADO : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRAO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

RELATÓRIO

1. Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c** da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça daquele Estado.

2. O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

FURTO QUALIFICADO. PROVA. ABSOLVIÇÃO.

Em não chegando a ocorrer à inversão da posse, sendo os réus surpreendidos e presos pelos policiais que tinham sido avisados por um transeunte que presenciou os réus entrarem no pátio da empresa, penso que andou bem a sentença, em acolher a conduta dos réus como meros atos preparatórios que não chegaram a caracterizar sequer a tentativa.

POR MAIORIA, APELO IMPROVIDO (fls. 210).

3. Sustenta o recorrente, a par de divergência jurisprudencial, negativa de vigência aos arts. 14, II e 155, § 4o., I e IV do CPB. Argumenta ser incorreta a conclusão alcançada no Tribunal de origem que firmou não ser a conduta verificada nada além de atos preparatórios. A seu ver, estar-se-ia diante de um furto qualificado tentado, pois já iniciada a conduta delitiva quando a sustou a polícia.

4. Contrarrazões às fls. 245/252; Recurso Especial admitido no Tribunal de origem (fls. 254/257).

5. Opina o ilustre Subprocurador-Geral da República BRASILINO

Superior Tribunal de Justiça

PEREIRA SANTOS pelo conhecimento e provimento do apelo excepcional, ao fundamento de ***que a hipótese demonstra não se tratar de meros atos preparatórios, mas de tentativa de fruto qualificado, que, para se configurar, não necessita da posse tranquila da res furtivae*** (fls. 270/272).

6. É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.178.317 - RS (2010/0018420-4)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : DIEGO NASCIMENTO DOS SANTOS

RECORRIDO : MATEUS PEREIRA DA CRUZ

ADVOGADO : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRAO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

VOTO

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TIPICIDADE. FURTO QUALIFICADO. AGENTES QUE, DEPOIS DE ARROMBADA A PORTA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL, ATINGIDO O PÁTIO E HAVIDA A APODERAÇÃO DOS BENS CUJA SUBTRAÇÃO PRETENDIA-SE, TÊM SEU INTENTO INTERROMPIDO PELA ATIVIDADE POLICIAL. TENTATIVA CONFIGURADA. SUPERAÇÃO DAS FASES DE COGITAÇÃO E PREPARAÇÃO DO DELITO. PARECER MINISTERIAL PELO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO, DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA QUE DÊ CONTINUIDADE AO EXAME DA AÇÃO PENAL, SUPERADO O PONTO AQUI DEFINIDO, COM A FIXAÇÃO DA APENAÇÃO.

1. Se, na cronografia do fato, a última fase alcançada ultrapassar meros atos de cogitação ou de preparação do delito, há de se dar relevo criminal ao fato e apenar seus agentes pelo crime, ao menos em sua forma tentada.

2. Na hipótese, arrombada a porta do estabelecimento comercial-vítima, atingido o seu interior e havida a apoderação do bem (embora não cessada a clandestinidade), a subtração - elementar do furto simples - não se concluiu, mas o arrombamento, componente do tipo derivado furto qualificado, sim e o crime só não foi finalizado porque obstado pela intervenção policial tempestiva.

3. Parecer ministerial pelo provimento do recurso.

4. Recurso provido, determinando o retorno dos autos à instância de origem para que dê continuidade ao exame da Ação Penal, superando o ponto aqui definido, com a fixação da apenação.

1. A irresignação busca a definição de que criminosa a conduta descrita na denúncia. Para tanto, há de se definir se, na cronografia do fato, a última fase alcançada foi mero ato de cogitação/preparação ou se houve a inauguração da

Superior Tribunal de Justiça

fase de execução do crime de furto.

2. Importante ao deslinde da questão a descrição dos fatos feita na denúncia e tomada como legítima na sentença e também no acórdão impugnado:

No dia 26 de maio de 2007, na Av. Dos Estados, 2163, em Porto Alegre, os denunciados, em comunhão de vontades e conjugação de esforços, com rompimento de obstáculos, deram início ao ato de subtrair, para si, 07 (sete) pontes retificadores, 01 (um) freio magnético e 02 (dois) rolos de fio de 100 metros, pertencentes a empresa PROLIMA MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA, não se consumando o delito por circunstâncias alheias a vontade dos acusados. Na oportunidade, os denunciados, previamente acordados, arrombaram o cadeado do portão principal de acesso a empresa POLIMAQ e subtraíram os objetos acima denunciados.

Policiais militares, alertados do arrombamento por um transeunte (não identificado), adentraram na empresa e avistaram os denunciados na posse dos objetos subtraídos. Os denunciados empreenderam fuga, todavia, foram detidos e presos em flagrante.

Os objetos furtados foram apreendidos e restituídos à vítima (auto de apreensão de fls. e auto de restituição de fls) (fls. 03).

3. No que interessa, o acórdão recorrido aduziu o seguinte:

A par de tamanha discussão, voltando ao caso dos autos, os réus estavam somente observando os materiais que poderiam levar, não chegando a ter disponibilidade sobre a res, sendo que nenhum objeto saiu da esfera de vigilância da vítima, ou seja, nada chegou a ser retirado, sequer do pátio da empresa, embora óbvia a intenção de furto por parte dos recorridos.

Destarte, em não chegando a ocorrer a inversão da posse, sendo os réus surpreendidos e presos pelos policiais que tinham sido avisados por um transeunte que presenciou os réus entrarem no pátio da empresa, com a vênica de quem entende ao contrário, penso que andou bem a sentença, em acolher a conduta dos réus como meros atos preparatórios que não chegaram a caracterizar sequer a tentativa. (fls. 214).

4. Embora tormentosa, em muitos eventos, a precisa demarcação da fronteira entre a mera preparação e a efetiva execução do fato, na

hipótese, o início da execução do crime é certo, também o é sua relevância à seara criminal.

5. Da descrição fática, deduz-se que os agentes, animados pela vontade de adentrar forçosamente no estabelecimento comercial-vítima e dela subtrair bens de algum proveito econômico, iniciaram a execução do crime em questão.

6. É verdade, a subtração - elementar do furto simples - não foi concluída tal qual a haviam planejado seus agentes, mas o arrombamento, componente do tipo derivado furto qualificado, sim e só não foi concluído todo o intento criminoso porque os agentes foram surpreendidos pela polícia no momento em que iniciavam a retirada dos bens do estabelecimento vítima.

7. Nessa altura, vale o recurso à doutrina, que traz elucidativas lições sobre o tema. Cite-se, por oportuno, o insigne ROGÉRIO GRECO, que esclarece:

Talvez um dos maiores problemas que enfrentamos ao iniciarmos o estudo do Direito Penal seja justamente tentar diferenciar os atos preparatórios, não puníveis pela nossa lei, dos chamados atos de execução, uma vez que a linha que os separa é por demais tênue.

(...).

Dentre inúmeras teorias que surgiram com a finalidade de definir a tentativa, podemos citar as seguintes:

Teoria subjetiva - Haveria tentativa quando o agente, de modo inequívoco, exteriorizasse sua conduta no sentido de praticar a infração penal. Essa teoria se satisfaz tão-somente com o fato do agente revelar sua intenção criminosa através de atos inequívocos, não fazendo distinção, outrossim, entre atos preparatórios e atos de execução.

Teorias objetivas:

Objetiva-formal: Segundo essa teoria, formulada por Beíng, somente poderíamos falar em tentativa quando o agente já tivesse praticado a conduta descrita no núcleo do tipo penal. Tudo o que antecede a esse momento é

Superior Tribunal de Justiça

considerado como ato preparatório. (...).

Objetiva-material - *Essa teoria busca ser um complemento da primeira, de natureza formal. Segundo Carlos Parma, por intermédio dela se incluem ações que por sua necessária vinculação com a ação típica, aparecem como parte integrante dela, segundo uma natural concepção ou que produzem uma imediata colocação em perigo de bens jurídicos. (...)* (Curso de Direito Penal: Parte Geral, v. I, 9. ed., Niterói, Editora Impetus, 2007, p. 250/251).

8. É de se ver que o CPB - ao definir, no seu art. 14, II, ser tentado o crime cuja execução foi iniciada, mas não se consumou - filia-se as teorias objetivas, pois insinua predileção pela separação entre atos preparatórios e atos executórios, o que não faz a teoria subjetiva.

9. E, pelas teorias objetivas, qualquer das ramificações que se adote, é ao menos um crime tentado o fato em questão. Por uma, a objetiva-formal, é necessário que se inaugure a realização de algum dos verbos nucleares da conduta delitiva, o que ocorreu, no caso, com a perpetração do arrombamento, componente do tipo derivado (furto qualificado por rompimento de obstáculo). Por outra, a objetiva-material, mais simples ainda a adequação do fato como tentativa de furto qualificado, uma vez que necessariamente o arrombamento que antecede a subtração vincula-se logicamente a esta e indica a iminente exposição do bem jurídico (patrimônio) a perigo.

10. Em razão disso, em consonância com o parecer ministerial, dá-se provimento ao Recurso Especial. Os autos devem retornar à instância de origem para que dê continuidade ao exame da Ação Penal, superando o ponto aqui definido, com a fixação da pena.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2010/0018420-4

REsp 1.178.317 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20700347128 70023419880 70032905176

PAUTA: 26/10/2010

JULGADO: 26/10/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : DIEGO NASCIMENTO DOS SANTOS

RECORRIDO : MATEUS PEREIRA DA CRUZ

ADVOGADO : CLEOMIR DE OLIVEIRA CARRAO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de outubro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário

HABEAS CORPUS Nº 125.315 - TO (2008/0286949-0)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : PAULO ROBERTO DA SILVA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : FERNANDO HENRIQUE DE ANDRADE
ADVOGADO : JAIME DE CARVALHO LEITE FILHO - DEFENSOR
PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PACIENTE PRONUNCIADO POR TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14, II, DO CP. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL CAPAZ DE SUPERAR O ÓBICE APONTADO.

1. A Constituição Federal define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional e, no que se refere ao reexame das decisões dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, quando denegatórias de habeas corpus, estabelece taxativamente o instrumento processual adequado ao exercício de tal competência, a saber, o recurso ordinário (*ex vi* do art. 105, II, alínea "a", da CF).

2. Cumpre restaurar a consciência da missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça, isto é, de intérprete da lei federal. É preciso assimilar, com precisão, que não cabe ao Tribunal Superior reexaminar fatos, ou apreciar o grau de justiça das decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais e Federais.

3. Diante desse contexto, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do habeas corpus, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

4. Entretanto, como a alteração da jurisprudência ocorreu posteriormente a impetração do presente *writ*, esta Corte de Justiça vem entendendo que a superação do óbice apontado será possível nas hipóteses em que se detectar flagrante ilegalidade, situação incorrente na espécie.

5. Consta dos autos que o paciente teria contratado, em tese, duas pessoas para matar seu filho, na época, com três meses de idade, mediante utilização de veneno, com o objetivo de eximi-lo da obrigação de pagar alimentos, bem como de ocultar o relacionamento que mantivera com a mãe da vítima, já que pretendia se casar com

outra mulher.

6. Sem que haja necessidade de aprofundado exame acadêmico acerca das teorias desenvolvidas para diferenciar os atos preparatórios dos executórios, o fato é que as instâncias ordinárias apontaram a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, concluindo que o crime somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos acusados.

7. Em face do quadro delineado na origem, definir se a conduta do ora paciente, suposto mandante do crime, se limitou a mera cogitação/preparação do delito ou se estendeu em fase que possa ser considerada como início de execução, é matéria que demanda o exame aprofundado do conjunto fático probatório, procedimento vedado na estreita via do *habeas corpus*.

8. Nunca é demais lembrar que a pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação, cumprindo ao magistrado apontar, em termos comedidos, a prova do crime e os indícios de autoria, para não influenciar na decisão dos jurados.

9. Dessa forma, cabe ao Conselho de Sentença decidir sobre a questão levantada na presente impetração, a teor do disposto no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, visto que não demonstrado, de plano, a alegada atipicidade da conduta.

10. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Dr. ANTONIO IANOWICH FILHO, pela parte PACIENTE: FERNANDO HENRIQUE DE ANDRADE.

Brasília, 13 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator

HABEAS CORPUS Nº 125.315 - TO (2008/0286949-0)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de FERNANDO HENRIQUE DE ANDRADE, pronunciado como incurso no art. 121, § 2º, incisos I, III e IV e § 4º, parte final, c/c o art. 14, II, do Código Penal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins que negou provimento a recurso em sentido estrito, assim ementado:

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MATERIALIDADE COMPROVADA. INDÍCIOS DE AUTORIA EXISTENTES. PRONÚNCIA. TESTEMUNHAS COMPROMISSADAS. NÃO COMPARECIMENTO EM AUDIÊNCIA. PEDIDO DE INTIMAÇÃO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU. NULIDADE NÃO COMPROVADA. ACAREAÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. Comprovada a materialidade delitiva e presente os indícios de autoria, deve o juiz pronunciar o réu.

2. Uma vez arroladas as testemunhas sem qualificá-las devidamente e estas deixam de comparecer à audiência, não pode o réu requerer a intimação delas fora do prazo previsto em lei. Ocorrência da preclusão.

3. A acareação de testemunhas faz-se desnecessárias para provar fatos pretéritos irrelevantes para a apuração do crime e sua autoria.

4. Recurso não previsto" (fl. 162).

Contra o aludido acórdão, a defesa manejou recurso especial, recebido nesta Corte no mês de maio de 2011 e registrado sob o nº 1.251.934/TO, ainda pendente de julgamento, no qual se alega negativa de vigência aos arts. 395, 396, 397, 398, 399, 404 e 405, do Código de Processo Penal, afirmando ter havido cerceamento de defesa, eis que não foram ouvidas as testemunhas indicadas pelo ora paciente.

No presente *writ*, buscam os impetrantes o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, afirmando o paciente não praticou qualquer ato

executório para justificar a persecução criminal pela suposta prática do delito de homicídio tentado.

Enfatiza que a corré Betiane, contratada para executar o crime, não ultrapassou os atos preparatórios, porquanto sequer teve a oportunidade de tentar injetar o veneno na boca da vítima – filho do ora paciente –, não tendo nenhum contato físico com o bebê, já que sua mãe nunca permitiu que ela o pegasse no colo.

Requer, em suma, o trancamento da ação penal por falta de justa causa, em razão da atipicidade do fato e da ausência de elementos fáticos e probatórios suficientes a embasar a persecução penal.

Indeferida a liminar, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

Por fim, em consulta ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, constata-se que o feito aguarda a realização da sessão plenária, ainda sem data marcada.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 125.315 - TO (2008/0286949-0)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): A Constituição da República define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional. Destacam-se, por oportuno, as de previsão inserta no art. 105, inciso I, alínea "c", e inciso II, alínea "a": *habeas corpus* originário e recurso ordinário em *habeas corpus*, respectivamente.

O primeiro é cabível quando "o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea 'a', ou quando o coator for tribunal sujeito a sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral".

O segundo, vale dizer, o recurso ordinário, somente será cabível contra decisões denegatórias proferidas em *habeas corpus* julgados em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

De outro lado, o instrumento previsto, também com matiz constitucional (art. 105, inciso III) é o recurso especial. Nesse aspecto, a competência desta Corte se limita *in verbis*:

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III- julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;*
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal."*

À luz desse preceito, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm

refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

Ressalta-se, desde logo, que a aventada atipicidade da conduta pela prática de atos meramente preparatórios não foi objeto das razões do Recurso Especial nº 1.251.934/TO, interposto pelo ora paciente, o qual se encontra pendente de julgamento nesta Corte.

De qualquer forma, não vislumbro flagrante ilegalidade capaz de superar o óbice acima apontado e justificar a intervenção desta Corte.

Consta dos autos que o paciente teria contratado, em tese, duas pessoas para matar seu filho, na época, com três meses de idade, mediante utilização de veneno.

Segundo a denúncia, o crime foi praticado com o objetivo de eximir o paciente da obrigação de pagar alimentos, bem como de ocultar o relacionamento que mantivera com a mãe da vítima, já que pretendia se casar com outra mulher.

Sustentam os impetrantes que a conduta atribuída ao paciente, tal como narrada na denúncia, não subsume-se ao delito tipificado no art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, e § 4º, parte final, c/c o art. 14, II, do Código Penal, afirmando que, no máximo, houve meros atos de cogitação/preparação, não passíveis de punibilidade.

Depreende-se do art. 14, II, do Código Penal, que a tentativa se configura quando, iniciada a conduta delitiva, o crime não se consuma por fatores alheios à intenção do agente.

Um dos temas mais debatidos no Direito Penal é a fronteira que separa os atos preparatórios do início de execução, sendo, pois, um dos problemas mais árduos dos operadores do direito, pois a linha que os separa é demasiadamente tênue.

A nossa legislação simplesmente recorreu ao conceito de "início de execução", sem, contudo, defini-lo claramente, surgindo, para tanto, várias teorias a respeito dessa matéria.

Dentre as inúmeras teorias desenvolvidas com o objetivo de resolver a

questão, destaca-se a teoria objetiva, adotada pelo Código Penal Brasileiro, a qual se subdivide em várias correntes (teoria objetivo-formal, objetivo-material e objetivo-individual).

O Professor Guilherme de Souza Nucci, em seu *Manual de Direito Penal*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 303, embora reconheça o prestígio da teoria objetivo-formal, afirma que:

(...) qualquer teoria, à luz do caso concreto, pode ganhar contornos diferenciados, pois tudo depende das provas produzidas nos autos do inquérito (antes do oferecimento da denúncia ou queixa, voltando-se à formação da convicção do órgão acusatório) ou do processo (antes da sentença, tendo por fim a formação da convicção do julgador).

Sem que haja necessidade de aprofundado exame acadêmico acerca da matéria, o fato é que as instâncias ordinárias apontaram a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, concluindo que o crime somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos acusados.

Para tanto, mostra-se importante ao deslinde da matéria a descrição dos fatos feita na denúncia e tomada como legítima na sentença de pronúncia e também no acórdão impugnado:

Consta dos autos que, no dia 18.01.2006, a primeira denunciada, juntamente com a adolescente Poliana da Silva Guedes, em uma residência localizada à Rua Maria de Sousa, nº 314, Setor Carajás, nesta urbe, agindo por promessa de recompensa, mediante dissimulação e utilizando-se de veneno, tentou ceifar a vida do menor Higor Gabriel da Silva, com apenas três meses de idade, conforme se depreende do Auto de Exibição e Apreensão de fl. 06 e do Laudo Pericial 39/41, não consumando o delito por circunstâncias alheias a sua vontade.

Consta, ainda, que o denunciado Luzimar da Silva Pereira contribuiu de forma decisiva para a prática criminosa, pois, agindo mediante recompensa, induziu a denunciada Betiane a cometer o delito descrito no item anterior.

Apurou-se que o denunciado Fernando Henrique também contribuiu de forma efetiva para o delito, eis que, agindo impelido por motivo torpe, ofereceu dinheiro aos denunciados acima referidos para que pudessem consumir o crime.

Superior Tribunal de Justiça

Depreende-se dos autos que a vítima era filho do denunciado Fernando Henrique, fruto de um romance oculto do acusado com a adolescente Daniele dos Santos da Silva. Dessa forma, com o intuito de se eximir da obrigação de prestar alimentos para o impúbere e, visando destruir a prova incontestante deste romance, o que colocaria em risco o seu pretenso casamento com outra mulher, decidiu contratar os serviços do acusado Luzimar, vulgo "Fogoió", oferecendo-lhe a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Dessa forma, Luzimar procurou Betiane e, prometendo-lhe uma determinada quantia em dinheiro, sugeriu que ela fosse até a casa da vítima e consumasse o homicídio, utilizando-se de uma injeção de "Furadan", o que foi aceito por esta.

Após entabulado o acordo, Betiane e Luzimar foram até o escritório do acusado Fernando Henrique e, logo depois de confirmarem que aceitariam fazer o serviço, este lhes entregou R\$ 70,00 (setenta reais) para que comprassem o veneno (fl. 42), o que foi feito por Luzimar.

Sendo assim, Betiane, sob pretextos diversos, dando falsas mostras de amizade, procurou a mãe da vítima, passando a visitá-la com frequência, tentando uma maior aproximação, relatando que também estava grávida e fazendo diversas perguntas acerca do impúbere, ocultando a sua real intenção criminosa.

Finalmente, no dia do crime, Betiane, dando início à execução criminosa, em companhia da adolescente acima referida, trazendo consigo uma injeção de "Furadan" escondida entre os seios, foi até a casa da vítima e pediu para a mãe do infante para segurá-lo, o que foi recusado pela mesma. Ato contínuo, a adolescente que acompanhava a denunciada relatou todo o plano à mãe de Higor, sendo este o único motivo da não consumação do delito.

A sentença de pronúncia, quanto a materialidade delitiva, anotou que o laudo de exibição e apreensão da seringa concluiu que o líquido contido no seu interior "consiste em inseticida e nematicida sistêmico, podendo ser encontrado comercialmente sob o nome 'Furadan' – veneno comumente utilizado para matar ratos."

Quanto a autoria delitiva, o Juiz de primeiro grau, analisando as circunstâncias fáticas e probatórias da causa, concluiu que existem indícios bastantes para submeter o paciente ao Tribunal de Júri, pelos seguintes

fundamentos:

O relacionamento amoroso entre o acusado Fernando e Danielli, mãe da vítima, foi confirmado pelos depoimentos do próprio réu, que, contudo, disse que ocorreu apenas uma vez (fl. 129) e pelo depoimento de Danielli, que disse que foram cinco vezes que manteve relação sexual com Fernando (fl. 284). Esse relacionamento é incontroverso no processo.

A gravidez decorrente desse relacionamento é noticiada por Danielli (fl. 284) e por Betiane em seu interrogatório judicial (fl. 210).

O deslocamento de Betiane e de Poliana à residência de Danielli com a finalidade de matar a criança foi confirmada por Betiane em seu interrogatório (fl. 210/213), por Poliana (fl. 268/269), por Elcimar (fl. 270), por Danielli (fl. 283/285) e por Rosilene (fl. 280).

Nesse particular, cumpre chamar a atenção que, pelo demonstrado nos autos, até o momento em que chegaram na residência da vítima, uma criança com três meses de idade, Poliana não sabia que a intenção de Betiane era matar a criança, já que Betiane havia convidado Poliana para pegarem um enxoval na casa da vítima.

Essa estória de enxoval foi a forma que Betiane utilizou para aproximar-se da vítima - dissimulação - e isso pode se constatado pela análise dos depoimentos acima mencionados.

Depois de Poliana tomar conhecimento da real intenção de Betiane alertou a mãe da vítima Danielli e a avó da vítima Rosilene para que não entregassem a criança a Betiane, pois Betiane esta pedindo para tomar a criança no colo incessantemente para matá-la. Depois disso, ambas foram embora e no percurso Betiane arremessou um seringa contendo líquido dentro, que transportava entre os seios, sendo que essa seringa foi encontrado posteriormente, mas ainda no mesmo dia, pela Polícia no local exato onde Betiane havia aremessado (fl. 268/269).

O motivo de tudo isso, segundo Betiane, Luzimar, e a própria Poliana foi o fato de que o nascimento da criança, fruto do relacionamento amoroso entre Fernando e Danielli, comprometeria seu casamento que estava prestes a acontecer.

A promessa de recompensa está evidenciada na fl. 210 e, ao que consta, consistiu na importância de dez mil reais, que não foram pagos e seria dividida entre Luzimar e Betiane.

A forma com que Betiane deveria envenenar a criança está descrita na parte final da fl. 210: ela deveria apenas pingar uma gota na boca da criança.

(...)

Superior Tribunal de Justiça

Ante o conteúdo das provas colhidas nos autos, vislumbro a existência de indícios suficientes de autoria pelos acusados Betine e Fernando do crime que a eles é imputado, razão que, por ora, entendo que não há provas insofismável e indiscutíveis que permitam a sua impronúncia ou o reconhecimento de qualquer excludente de ilicitude ou culpabilidade que redundem em suas absolvições sumárias, nem ainda circunstâncias que permitam a desclassificação do crime. (fls. 80/85)

Cumpra observar, ainda, que a tese de atipicidade da conduta, nos termos pretendidos pelos impetrantes, não foi objeto de deliberação pelo Colegiado Estadual na ocasião do julgamento do recurso em sentido estrito, que se limitou a afirmar, *verbis*:

Pois bem, quanto à materialidade delitiva, analisando o presente feito, tenho que está devidamente comprovada, através da prova pericial (Laudo Pericial de Substância tóxica Tipo Veneno), constante às folhas 32/33, da prova documental que é o cupom fiscal que demonstram que o veneno foi comprado (folha 25), além do Auto de exibição e Apreensão da seringa contendo a substância tóxica (fl. 08), que seria utilizada no crime.

Quanto à autoria denoto que existem indícios suficientes para comprová-la, também através do depoimento das testemunhas, entre elas Betiane, que foi firme em apontar o recorrente como mandante do crime, tanto que em sede de Inquérito Policial, quanto em Juízo.

As provas testemunhas colhidas nos autos são incisivas em apontar o romance existente entre a mãe da vítima e o recorrente, bem como o repugnante plano de execução do menor.

É certo que foram opostos embargos de declaração a fim de suscitar a discussão no ponto, sendo a irresignação, entretanto, rejeitada pela Corte de origem, ao entendimento de que o paciente pretendia rediscutir matéria amplamente debatida no acórdão embargado.

Registre-se, também, que a defesa do paciente impetrou outro *habeas corpus* nesta Corte de Justiça, alegando, dentre outras coisas, a inépcia da denúncia e desistência voluntária. A ordem foi denegada pela Sexta Turma nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA. IMPROCEDÊNCIA. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. EXAME DE PROVA. JÚRI POPULAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA FALTA DE INTIMAÇÃO DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA. MATÉRIA NA ENFRENTADA NO ACÓRDÃO.

1. A sustentada nulidade decorrente da falta de intimação das testemunhas de defesa para comparecimento à audiência de instrução não foi ventilada no acórdão atacado, razão pela qual não se descortina a possibilidade de seu enfrentamento nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. É entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça que o trancamento da ação penal, pela via do habeas corpus é medida excepcional, só admissível se emergente dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria ou materialidade delitivas, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstância que não se caracteriza na hipótese.

3. A denúncia preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo o envolvimento, em tese, do paciente na tentativa do homicídio de seu filho de três meses de idade, narrando a exordial que, para esse fim, contratou os serviços dos demais corréus para aproximarem-se da mãe da vítima e assassinares a criança mediante emprego de veneno.

4. **O crime somente não teria se consumado porque, no momento em que a codenunciada se encontrava no interior da residência da vítima com a injeção de veneno escondida sob as vestes, foi delatada pela adolescente que a acompanhava, a qual relatou todo o intento criminoso à mãe da vítima.**

5. **Diante desse quadro, mostra-se, nesta sede, inviável o exame das teses de inexistência de autoria delitiva ou de desistência voluntária. A uma, porque implicam em revolvimento de provas, inviável de ser operado na via eleita. A duas, porque o trancamento prematuro resultaria em inadequada antecipação de juízo de mérito a respeito da causa, atividade que compete ao Júri Popular, notadamente porque o paciente já foi pronunciado. A três, porque a denúncia, pela sua narrativa, revela que o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, não por sua espontânea desistência .**

6. Habeas corpus do qual se conhece em parte e, na extensão, denegado.

Superior Tribunal de Justiça

Conforme ressaltou o Juiz de primeiro grau, "até o momento em que chegaram na residência da vítima – na época com três meses de idade –, Poliana não sabia que a intenção de Betiane era matar a criança, já que Betiane havia convidado Poliana para pegarem um enxoval na casa da vítima."

Pelo que se depreende dos autos, Betiane já se encontrava no interior da residência da vítima, com a injeção de veneno escondida sob as vestes e pedindo insistentemente para tomar a criança no colo, quando foi delatada pela adolescente que a acompanhava, a qual relatou todo o intento criminoso à mãe e à avó da vítima.

Diante do quadro delineado, definir se a conduta do ora paciente, suposto mandante do crime, se limitou a mera cogitação/preparação do delito ou se estendeu em fase que possa ser considerada como início de execução, é matéria que demanda o exame aprofundado do conjunto fático probatório, procedimento vedado na estreita via do *habeas corpus*.

Nunca é demais lembrar que a pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação, cumprindo ao magistrado apontar, em termos comedidos, a prova do crime e os indícios de autoria, para não influenciar na decisão dos jurados.

Com efeito, "somente quando evidente a inexistência de crime ou a ausência de indícios de autoria – em decorrência de circunstâncias demonstradas de plano e estreme de dúvidas – pode o julgador julgar improcedente a pretensão punitiva, impronunciando o réu, sendo que eventuais dúvidas sobre tais circunstâncias deverão ser dirimidas apenas pelo Tribunal do Júri." (HC 14.130/RJ, Relator Ministro GILSON DIPP, DJ 27/8/2001)

Assim, não há como acolher o pedido de absolvição do acusado. Isto porque, à luz das teorias adotadas pelos Tribunais Pátrios, os atos praticados pelos acusados talvez possam consistir em "início de execução", sendo certo, ainda, que o meio empregado ("Furadan" - veneno comumente utilizado para matar ratos), em tese, poderia produzir o resultado pretendido.

Dessa forma, cabe ao Conselho de Sentença decidir sobre a questão levantada na presente impetração, a teor do disposto no artigo 5º, XXXVIII, da

Superior Tribunal de Justiça

Constituição Federal.

A propósito:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE TENTATIVA. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DO HABEAS CORPUS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. APRESENTAÇÃO DOS CRIMES VISADOS PELA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E DE INDÍCIOS DA ESTABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. *Depende de dilação probatória a alegação de que a consumação do*

delito teria sido sustada por desistência voluntária promovida antes da prática de qualquer ato executório. Inadequado, pois, o habeas corpus para tal predicado.

2. *Não é inepta a denúncia que apresenta indícios da estabilidade da suposta quadrilha armada e arrola os crimes, em tese, visados pela associação.*

3. *Ordem denegada.*

(HC 87.902/AM, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 5/5/2008)

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. AUTORIA. ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A MANTENÇA DA CONDENAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. *Tendo a Corte originária indicado precisamente os elementos em que se fundava para atribuir ao paciente a autoria do delito e manter a conclusão condenatória, inviável, em sede de habeas corpus, proclamar-se a sua absolvição pela dúvida, como pretendido, pois necessário o revolvimento de todo o elenco probatório amealhado nos autos principais, providência vedada na via estreita do remédio constitucional. (...)*

(HC 121.165/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 3/5/2011)

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. MATERIALIDADE DELITIVA DEMONSTRADA PELO TRIBUNAL. FUNDAMENTAÇÃO

CONCRETA.

1. A pronúncia constitui juízo de admissibilidade da acusação, não exigindo prova incontroversa da existência do crime. Cumpre ao Tribunal Popular, forte no princípio constitucional da soberania do Júri, o exame aprofundado dos fatos imputados ao réu.

2. Demonstrados suficientemente a materialidade e os indícios de autoria delitiva, não cabe, na via estreita do habeas corpus, o reexame dos elementos de prova que conduziram à pronúncia do acusado.

3. No caso, a tentativa de homicídio qualificado encontra-se suficientemente demonstrada pelos depoimentos, pelo relatório de atendimento ao local do crime, bem como pelo exame pericial, o qual, embora deficiente, atesta categoricamente a existência de lesões no antebraço da vítima.

4. Ordem denegada.

(HC 163.881/ES, de minha relatoria, DJe 27/8/2012)

HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE PRONUNCIADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVA DE AUTORIA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PACIENTE SUBMETIDO A JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. ORDEM DENEGADA.

1. Descabe o trancamento da ação penal quando não emerge dos autos, de forma inequívoca, a extinção da punibilidade, a inocência do acusado ou a atipicidade da conduta. Na hipótese, o acórdão impugnado considerou existir indícios do envolvimento do Paciente no crime para justificar a sentença de pronúncia, e que a materialidade do crime também restou sobejamente provada.

(...)

(HC 131.636/AL, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe 7/2/2011)

Assim, não se mostra evidente a alegada atipicidade da conduta, como pretende a impetração, visto existirem elementos probatórios nos autos aptos a sustentar a tese acusatória.

Diante da ausência de flagrante ilegalidade, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus* impetrado como substituto de recurso ordinário.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2008/0286949-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 125.315 / TO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2006000463868

2006000634263

200700614060

634263

EM MESA

JULGADO: 13/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO ROBERTO DA SILVA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS

PACIENTE : FERNANDO HENRIQUE DE ANDRADE

ADVOGADO : JAIME DE CARVALHO LEITE FILHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

CORRÉU : BETIANE DA SILVA

CORRÉU : LUZIMAR DA SILVA PEREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **ANTONIO IANOWICH FILHO**, pela parte PACIENTE: **FERNANDO HENRIQUE DE ANDRADE**

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.252.770 - RS (2011/0107213-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRENTE : JEAN RICARDO GALIAN (PRESO)
ADVOGADO : RITA DE CÁSSIA LEVI MACHADO E OUTRO(S)
RECORRENTE : RODENILSON LEITE ALVES (PRESO)
RECORRENTE : CLÁUDIO ROBERTO FERREIRA (PRESO)
RECORRENTE : REGINALDO AMARO BRASIL (PRESO)
RECORRENTE : RICARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA (PRESO)
RECORRENTE : RICARDO LAURINDO COSTA (PRESO)
RECORRENTE : JOSÉ RONALDO MARTINS (PRESO)
RECORRENTE : AMARILDO DIAS ROCHA (PRESO)
RECORRENTE : MARIA CÉLIA PEREIRA MOREIRA (PRESO)
RECORRENTE : LUCIVALDO LAURINDO (PRESO)
RECORRENTE : FABRÍSIO OLIVEIRA SANTOS (PRESO)
RECORRENTE : RICARDO PEREIRA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : ISAAC MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. QUADRILHA, TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO E LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 288 DO CP. ELEMENTO SUBJETIVO DO INJUSTO. FIM ESPECÍFICO DE COMETER SÉRIE INDETERMINADA DE CRIMES. ART. 1º, VII, DA LEI N. 9.613/1998, ANTES DO ADVENTO DA LEI N. 12.850/2013. INEXISTÊNCIA DE CONCEITUAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO DIREITO PÁTRIO. OMISSÃO NÃO SUPRIDA PELA CONVENÇÃO DE PALERMO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. EXTENSÃO AOS CORRÉUS CONDENADOS PELO MESMO DELITO. CRIME IMPOSSÍVEL. MONITORAMENTO POLICIAL. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. DOSIMETRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP QUANTO ÀS VETORIAIS PERSONALIDADE E MOTIVOS DO CRIME. COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DO ART. 62, I, DO CP. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO FEDERAL VIOLADO. SÚMULA N. 284 DO STF. ATOS EXECUTÓRIOS. CARACTERIZAÇÃO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO

PROVIDO. RECURSOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDOS PARA ALGUNS RECORRENTES E NÃO PROVIDOS PARA OUTROS.

1. Para a configuração do crime de quadrilha é imprescindível a comprovação do elemento subjetivo do injusto, qual seja, **o fim específico de cometer uma série indeterminada de crimes**, que a instância antecedente, soberana na análise dos fatos, concluiu não ter sido comprovada na espécie.

2. A teor do art. 1º do CP, é incabível a criminalização da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012, época em que não havia no ordenamento pátrio lei que incriminasse a organização criminosa, lacuna que, consoante moderna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Sexta Turma, não pode ser suprida pela Convenção de Palermo. Atipicidade da conduta, com extensão do *decisum* aos demais corréus condenados pelo mesmo delito.

3. A alegação de crime impossível em decorrência do monitoramento policial não foi objeto de análise pela instância antecedente e nem sequer foram opostos embargos de declaração para ventilar a matéria. Aplicação das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

4. Quanto à dosimetria, não há ilegalidade no ponto em que o julgador sopesou, de forma desfavorável, a culpabilidade do agente que **“auxiliou no financiamento da empreitada, bem como coordenava diretamente as atividades”**, pois evidenciado o maior grau de reprovabilidade da conduta, quando comparada, por exemplo com aquela praticada pelos agentes que apenas escavaram o túnel, como trabalhadores braçais.

5. Também em relação às circunstâncias e às consequências do crime, foi justificada a individualização da pena, pois o Tribunal de origem destacou a complexa logística do crime, o emprego de significativos recursos (inclusive a aquisição do imóvel onde era escavado o túnel), o envolvimento de mais de 30 pessoas, o recrutamento de diversos foragidos do sistema prisional e indivíduos com extensa ficha criminal, além dos danos causados durante a construção do túnel no subsolo de uma das principais ruas do centro da capital gaúcha, demandando, inclusive, o dispêndio de recursos públicos da municipalidade para reparar a via pública, mediante colocação de 80 toneladas de concreto para reparar o solo urbano.

6. Devem ser decotados, na primeira etapa da dosimetria, os aumentos relativos a personalidade e motivos do crime, pois

inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar os maus antecedentes ou a personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade, e o fim criminoso de tentar subtrair valores, mesmo que vultosos, é inerente ao tipo penal de furto.

7. O pleito de compensação entre a confissão e a agravante do art. 62, I, do CP não comporta conhecimento, pois o recorrente deixou de apontar o dispositivo federal eventualmente violado. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 284 do STF.

8. A distinção entre atos preparatórios e executórios é tormentosa e exige uma conjugação de critérios, tendo como ponto de partida a teoria objetivo-formal, de Beling, associada a outros parâmetros subjetivos e objetivos (como a complementação sob a concepção natural, proposta por Hans Frank), para que, consoante o tirocínio do julgador, seja possível definir se, no caso concreto, foram exteriorizados atos tão próximos do início do tipo que, conforme o plano do autor, colocaram em risco o bem jurídico tutelado.

9. Tal solução é necessária para se distinguir o começo da execução do crime, descrito no art. 14, II, do CP e o começo de execução da ação típica. Quando o agente penetra no verbo nuclear, sem dúvida, pratica atos executórios. No entanto, comportamentos periféricos que, conforme o plano do autor, uma vez externados, evidenciam o risco relevante ao bem jurídico tutelado também caracterizam início da execução do crime.

10. Não houve violação do art. 14, II, do CP, pois os atos externados ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal, inclusive com a execução da qualificadora do furto. Os recorrentes, mediante complexa logística, escavaram por dois meses um túnel de 70,30 metros entre o prédio que adquiriram e o cofre da instituição bancária, cessando a empreitada, em decorrência de prisão em flagrante, quando estavam a 12,80 metros do ponto externo do banco, contexto que evidencia, de forma segura, a prática de atos executórios.

11. Os pedidos de alteração do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não podem ser conhecidos, à míngua do necessário prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do STF.

12. A iminência da consumação do crime justifica, a teor do art. 14, II, do CP, o percentual mínimo de redução de pena, na terceira etapa da dosimetria. Ademais, reanalisar o *iter criminis* percorrido ensejaria

exame de fatos e provas, vedado no recurso especial, conforme Súmula n. 7 do STJ.

13. Recurso especial do Ministério Público não provido. Recurso especial de Jean Ricardo Galian parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido para reconhecer a atipicidade da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012, e redimensionar a reprimenda do crime de furto tentado qualificado para 3 anos de reclusão e 60 dias-multa. Decisão que reconheceu a atipicidade do crime do art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998 estendida, a teor do art. 580 do CPP, aos corréus RAIMUNDO DE SOUZA PEREIRA, JAMES XIMENDES DA SILVA, FABRÍSIO OLIVEIRA SANTOS e DJALMA LIRA DE JESUS, com fulcro no art. 580 do CPP. Recursos especiais de Fabrísio Oliveira Santos e Lucivaldo Laurindo parcialmente conhecidos e, nessa parte, providos para reconhecer a atipicidade da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012. Recursos especiais de Rodenilson Leite Alves, Cláudio Roberto Ferreira, Reginaldo Amaro Brasil, Ricardo Rodrigues de Oliveira, Ricardo Laurindo Costa, José Ronaldo Martins, Amarildo Dias Rocha, Maria Célia Pereira Moreira e Ricardo Pereira dos Santos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial do Ministério Público. Quanto ao recurso especial de Jean Ricardo Galian, conhecer parcialmente e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do eminente Sr. Ministro Relator. Decisão que reconheceu a atipicidade do crime do art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, estendida, a teor do art. 580 do Código de Processo Penal, aos corréus Raimundo de Sousa Pereira, James Ximendes da Silva, Fabrísio de Oliveira Santos e Djalma Lira de Jesus. Ao recurso especial de Fabrísio de Oliveira Santos e Lucivaldo Laurindo conhecer parcialmente e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Sr. Ministro Relator. Aos recursos especiais de Rodenilson Leite Alves, Cláudio Roberto Ferreira, Reginaldo Amaro Brasil, Ricardo Rodrigues de Oliveira, Ricardo Laurindo Costa, José Ronaldo Martins, Amarildo Dias Rocha, Maria Célia Pereira Moreira e Ricardo Pereira dos Santos, conhecer parcialmente e, nessa extensão, negar-lhes provimento. Os Srs. Ministros Nefi

Superior Tribunal de Justiça

Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 24 de março de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz
Relator



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.252.770 - RS (2011/0107213-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRENTE : JEAN RICARDO GALIAN (PRESO)
ADVOGADO : RITA DE CÁSSIA LEVI MACHADO E OUTRO(S)
RECORRENTE : RODENILSON LEITE ALVES (PRESO)
RECORRENTE : CLÁUDIO ROBERTO FERREIRA (PRESO)
RECORRENTE : REGINALDO AMARO BRASIL (PRESO)
RECORRENTE : RICARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA (PRESO)
RECORRENTE : RICARDO LAURINDO COSTA (PRESO)
RECORRENTE : JOSÉ RONALDO MARTINS (PRESO)
RECORRENTE : AMARILDO DIAS ROCHA (PRESO)
RECORRENTE : MARIA CÉLIA PEREIRA MOREIRA (PRESO)
RECORRENTE : LUCIVALDO LAURINDO (PRESO)
RECORRENTE : FABRÍSIO OLIVEIRA SANTOS (PRESO)
RECORRENTE : RICARDO PEREIRA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : ISAAC MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e outros 12 recorrentes interpõem recurso especial contra acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, na Apelação Criminal n. 2006.71.00.032684-2/RS.

Depreende-se dos autos que o órgão acusatório ofereceu denúncia em desfavor de 33 agentes, pela suposta prática dos crimes descritos nos arts. 288 do CP, c/c o 1º, da Lei n. 9.034, c/c o Decreto 5.015, de 12/3/2004, e 155, § 4º, I e IV, c/c o 14, II, por duas vezes. Consoante a exordial, os réus foram presos no curso da denominada Operação Toupeira, que desbaratou quadrilha que tentou furtar agência bancária em Porto Alegre mediante escavação de túnel, nos mesmos moldes do furto ao Banco Central de Fortaleza. As investigações apontaram ligação entre as duas empreitadas.

A **denúncia foi recebida em 10/10/2006** (fls. 42-47). Após a instrução criminal, a ação penal foi julgada parcialmente procedente (fls. 4.059-4.473) para absolver MÁRCIO RAFAEL PIERRE e MARIA CÉLIA PEREIRA MOREIRA, em relação aos crimes de tentativa de furto qualificado e quadrilha, e FABRÍSIO OLIVEIRA SANTO, DJALMA LIRA DE JESUS,

Superior Tribunal de Justiça

JEAN RICARDO GALIAN, LUCIVALDO LAURINDO e JAMENES XIMENDES DA SILVA, do crime do art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998 (fl. 4.468). Os demais réus foram condenados, nos seguintes termos:

1. ABMAEL NUNES DO NASCIMENTO (fl. 4.462)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 4 anos e 8 meses de reclusão mais 165 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 4 meses de reclusão.

2. ALBERTO MENDRONE MENDES NOGUEIRA (fl. 4.462)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão mais 110 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos de reclusão.

3. ALEXANDRE ANTUNES (fl. 4.462)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 4 anos e 8 meses de reclusão mais 165 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 4 meses de reclusão.

4. AMARILDO DIAS ROCHA (fl. 4.462)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, mais multa de 165 dias.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 4 meses de reclusão.

5. ANTÔNIO NASCIMENTO ALVES (fl. 4.463)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 4 anos e 8 meses de reclusão mais multa de 165 dias.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 4 meses de reclusão.

6. CARLOS ANTÔNIO DA SILVA (fl. 4.463)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 4 anos e 8 meses de reclusão mais multa de 165 dias.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 4 meses de reclusão.

7. CLÁUDIO ROBERTO FERREIRA (fl. 4.463)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 5 anos, 2 meses e 7 dias de reclusão mais 150 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 8 meses de reclusão

8. DJALMA LIRA DE JESUS (fl. 4.463)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 5 anos, 2 meses e 7 dias de reclusão mais 150 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2

anos e 8 meses de reclusão.

9. FÁBIO FERNANDES DA SILVA (fl. 4.463)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão mais 70 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão.

10. FABRÍSIO OLIVEIRA SANTOS (fl. 4.464)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 280 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão.

11. FRANKE ROBSON PORFÍRIO DOS SANTOS (fl. 4.464)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 4 anos e 8 meses de reclusão e 165 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 4 meses de reclusão.

12. JAMES XIMENDES DA SILVA (fl. 4.464)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 280 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão.

13. JEAN RICARDO GALIAN (fl. 4.464)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 4 anos e 8 meses de reclusão mais 165 dias-multa

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 4 meses de reclusão.

14. JOÃO JAIME DA SILVA (fl. 4.465)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 4 anos e 8 meses de reclusão mais 165 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 4 meses de reclusão.

15. JOSÉ ADINALDO MOURA (fl. 4.465)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão mais 110 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos de reclusão.

16. RODENILSON LEITE ALVES (fl. 4.465)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão mais 110 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos de reclusão.

17. JOSÉ RONALDO MARTINS (fl. 4.465)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão mais 110 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos de reclusão.

18. KLEBER LÚCIO GONÇALVES (fl. 4.465)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão mais 110 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos de reclusão.

19. LEANDRO DA SILVA (fl. 4.466)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 7 meses de reclusão mais 50 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 1 ano e 4 meses de reclusão.

20. LUCIVALDO LAURINDO (fl. 4.466)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 280 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão.

21. LUÍS JOSÉ MENDES NOGUEIRA (fl. 4.466)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão mais 110 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos de reclusão.

22. MARCELO MOTA (fl. 4.466)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 4 anos e 8 meses de reclusão mais 165 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 4 meses de reclusão.

23. MÁRCIO RAFAEL PIERRE (fl. 4.466)

a) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 4 meses de reclusão.

24. ODEMIR FRANCISCO DOS SANTOS (fl. 4.467)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 4 anos e 8 meses de reclusão mais 165 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 4 meses de reclusão.

25. RAIMUNDO DE SOUZA PEREIRA (fl. 4.467)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 5 anos, 2 meses e 7 dias de reclusão mais 150 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 8 meses de reclusão.

26. REGINALDO AMARO BRASIL (fl. 4.467)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão mais 110 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2

anos de reclusão.

27. RICARDO LAURINDO COSTA (fl. 4.467)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 4 anos e 8 meses de reclusão mais 165 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 4 meses de reclusão.

28. RICARDO PEREIRA DOS SANTOS (fls. 4.467-4.468)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão mais 70 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão.

29. RICARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA (fl. 4.468)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 280 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão.

A sentença penal condenatória foi publicada em cartório, em 13/4/2007 (fl. 4.474).

Em grau de apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim consignou (fls. 7.882-8.153):

a) condenou JEAN RICARDO GALIAN, RAIMUNDO DE SOUZA PEREIRA, LUCIVALDO LAURINDO, JAMES XIMENDES DA SILVA, FABRÍSIO DE OLIVEIRA SANTOS e DJALMA LIRA DE JESUS pelo delito do art. 1ª, caput, VII, da Lei n. 9.613/1998 e MARIA CÉLIA PEREIRA MOREIRA como incurso no art. 155, § 4º, II e IV, do CP, bem como considerou condenações definitivas como agravante da reincidência;

b) condenou ALEXSANDRO DOS SANTOS E SILVA pelo crime de lavagem de dinheiro;

c) absolveu ABMAEL NUNES DO NASCIMENTO, ALBERTO MENDRONE MENDES NOGUEIRA, ALEXANDRE ANTUNES, ALEXSANDRO DOS SANTOS E SILVA, AMARILDO DIAS ROCHA, ANTONIO NASCIMENTO ALVES, CLÁUDIO ROBERTO FERREIRA, FÁBIO FERNANDES DA SILVA, FRANKE ROBSON PORFÍRIO DOS SANTOS, JOÃO JAIME DA SILVA, JOSÉ ADINALDO MOURA, RODENILSON LEITE ALVES, JOSÉ RONALDO MARTINS, KLEBER LÚCIO GONÇALVES, LEANDRO DA SILVA, LUÍZ JOSÉ MENDES NOGUEIRA, MARCELO MOTA, ODEMIR FRANCISCO DOS SANTOS, REGINALDO AMARO BRASIL, RICARDO LAURINDO

COSTA, RICARDO PEREIRA DOS SANTOS, RICARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA E TIAGO RODRIGO MARTINS do crime de formação de quadrilha e diminuiu as penas pela tentativa de furto qualificado, nos termos do acórdão;

d) em relação à LUCIVALDO LAURINDO, reconheceu a litispendência quanto ao crime de formação de quadrilha e, de ofício, estendeu tal reconhecimento à JEAN RICARDO GALIAN e RAIMUNDO DE SOUZA PEREIRA;

e) reduziu as penas de ALEXSANDRO DOS SANTOS E SILVA pelos crimes de furto tentado e formação de quadrilha;

f) absolveu MÁRCIO RAFAEL PIERRE do crime de formação de quadrilha.

Opostos nove embargos de declaração, a instância antecedente proferiu acórdão (publicado em 30/9/2009), assim ementado:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AMBIGUIDADE, OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA. REDISCUSSÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos declaratórios tem o objetivo específico de provocar novo pronunciamento judicial de caráter integrativo e/ou interpretativo nas hipóteses de ambiguidade, omissão, contradição ou obscuridade, a teor do art. 619 do CPP, ou então, por construção pretoriana integrativa, quando constatado erro material no julgado. Os embargos declaratórios não se prestam a rediscutir matéria já enfrentada na decisão recorrida.

2. O magistrado não está obrigado a fundamentar sua decisão nos exatos termos em que solicitado pelas partes, sendo suficiente o explicitamente acerca de suas razões de convencimento. Admite-se a rejeição implícita de tese jurídica quando o "decisum" restar evidentemente conflitante com a pretensão da parte (fl. 8.510).

Após o julgamento da controvérsia, em segundo grau de jurisdição, as penas dos réus foram assim redimensionadas:

1. ABMAEL NUNES DO NASCIMENTO (fl. 8.057)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – 3 anos e 6 meses de reclusão e 100 dias-multa.

2. ALBERTO MENDRONE MENDES NOGUEIRA (fl. 8.058)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses mais 70 dias-multa.

3. ALEXANDRE ANTUNES (fl. 8.061)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 5 anos de reclusão mais 180 dias-multa.

4. AMARILDO DIAS ROCHA (fl. 8.062)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais multa de 60 dias.

5. ANTÔNIO NASCIMENTO ALVES (fl. 8.064)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 4 anos de reclusão mais multa de 140 dias.

6. CLÁUDIO ROBERTO FERREIRA (fl. 8.066)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos e 4 meses de reclusão mais 95 dias-multa.

7. DJALMA LIRA DE JESUS (fl. 8.106)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses de reclusão mais 100 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 1 ano e 9 meses de reclusão.

c) art. 1º, *caput*, VII, da Lei n. 9.613/1998 – 3 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 50 dias-multa (fl. 8.107)

8. FÁBIO FERNANDES DA SILVA (fl. 8.068)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 5 anos de reclusão mais 180 dias-multa.

9. FABRÍSIO OLIVEIRA SANTOS (fl. 8.112)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses de reclusão e 120 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 1 ano e 9 meses de reclusão.

c) art. 1º, *caput*, VII, da Lei n. 9.613/1998 – 4 anos e 9 meses de reclusão mais 80 dias-multa.

10. FRANKE ROBSON PORFÍRIO DOS SANTOS (fl. 8.071)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 5 anos de reclusão mais 180 dias-multa.

11. JAMES XIMENDES DA SILVA (fl. 8. 122-8.123)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão e 180 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 1 mês de reclusão.

c) art. 1º, *caput*, VII, da Lei n. 9.613/1998 – 5 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 200 dias-multa.

12. JEAN RICARDO GALIAN (fl. 8.127-8.128)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 4 anos de reclusão mais 80 dias-multa

b) art. 1º, *caput*, VII, da Lei n. 9.613/1998 – 5 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 120 dias-multa.

13. JOÃO JAIME DA SILVA (fl. 8.072)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos e 4 meses de reclusão mais 120 dias-multa.

14. JOSÉ ADINALDO MOURA (fl. 8.074)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses de reclusão mais 70 dias-multa.

15. RODENILSON LEITE ALVES (fl. 8.075)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses de reclusão mais 70 dias-multa.

16. JOSÉ RONALDO MARTINS (fl. 8.076)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses de reclusão mais 70 dias-multa.

17. KLEBER LÚCIO GONÇALVES (fl. 8.078)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses de reclusão mais 70 dias-multa.

18. LEANDRO DA SILVA (fl. 8.079)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 1 ano, 10 meses e 20 dias de reclusão.

19. LUCIVALDO LAURINDO (fl. 8.132-8.133)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 5 anos e 2 meses de reclusão e 200 dias-multa.

b) art. 1º, *caput*, VII, da Lei n. 9.613/1998 – 9 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão e 280 dias-multa.

20. LUÍS JOSÉ MENDES NOGUEIRA (fl. 8.080)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses de reclusão mais 70 dias-multa.

21. MARCELO MOTA (fl. 8.084)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 5 anos de reclusão mais 180 dias-multa.

22. ODEMIR FRANCISCO DOS SANTOS (fl. 8.086)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 5 anos de reclusão mais 180 dias-multa.

23. RAIMUNDO DE SOUZA PEREIRA (fl. 8.135-8.136)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos e 6 meses de reclusão mais 80 dias-multa.

b) art. 1º, *caput*, VII, da Lei n. 9.613/1998 – 5 anos de reclusão e 150 dias-multa.

24. REGINALDO AMARO BRASIL (fl. 8.087)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses de reclusão mais 70 dias-multa.

25. RICARDO LAURINDO COSTA (fl. 8.090)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos e 4 meses de reclusão mais 120 dias-multa.

26. RICARDO PEREIRA DOS SANTOS (fls. 8.093)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 5 anos

de reclusão mais 180 dias-multa.

27. RICARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA (fl. 8.095)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos e 4 meses de reclusão mais 120 dias-multa.

28. MARIA CÉLIA PEREIRA MOREIRA (fl. 8.097)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses de reclusão mais 70 dias-multa.

29. ALEXSANDRO DOS SANTOS E SILVA (fl. 8.101)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – 3 anos e 5 meses de reclusão e 120 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 2 anos e 1 mês.

c) art. 1º, *caput*, VII, da Lei n. 9.613/1998 – 4 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 100 dias-multa.

30. TIAGO RODRIGO MARTINS – (fl. 8.097)

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – 1 ano, 10 meses e 20 dias de reclusão mais 30 dias-multa.

DO RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 8.541-8.567)

O Ministério Público, com fulcro no art. 105, III, "a" e "c", da CF, asseve que o Tribunal Regional da 4ª Região, ao absolver os réus do crime de formação de quadrilha, negou vigência do art. 288 do CPP, além de divergir de reiteradas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema, pois, para a configuração de tal crime, basta a vontade de associação criminosa, manifestada por mais de três pessoas, dirigida à prática de delitos indeterminados. Ademais, "é dispensável para a consumação do delito de quadrilha a efetiva realização da prática delituosa concebida pelo bando, tampouco em mais de uma oportunidade" (fl. 8.558).

Requer seja reconhecida a configuração do delito de quadrilha.

DOS RECURSOS ESPECIAIS DEFENSIVOS

1. JEAN RICARDO GALIAN (fls. 8.951-8.987 e 9.648-9.684)

O recorrente, fundado no art. 105, III, "a", da CF, aponta a negativa de vigência dos arts. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998 e 15, 17, 59 e 155, todos do CP. Para tanto, asseve:

Superior Tribunal de Justiça

a) a condenação por lavagem de dinheiro feriu o princípio da anterioridade, em virtude da deficiência conceitual do que seria organização criminosa, à época, e foi baseada em confissão policial;

b) a cópia da Ação Penal n. 2005.81.00.014586-0, do TRF da 5ª Região, serviu de prova emprestada, sem passar pelo crivo do contraditório, servindo de fundamento para demonstrar a existência do crime antecedente;

c) o processo relativo ao crime de lavagem de capitais deveria ter sido suspenso ou ficar prejudicado, pois já existia ação penal deflagrada no Estado do Ceará para apurar o crime antecedente (furto ao Banco Central de Fortaleza);

d) há litispendência em relação ao crime de lavagem de dinheiro, pois foi condenado pelo Juízo Federal de Fortaleza pela mesma conduta;

e) a prática do furto era impossível, porquanto a ação foi controlada por agentes da polícia federal;

f) ações penais em andamento não podem ser consideradas para caracterização de maus-antecedentes ou para aferir a personalidade do agente. Os argumentos empregados nas vetoriais motivos e consequências do crime, por sua vez, são inerentes ao tipo. A culpabilidade, por fim, já foi afirmada no momento da condenação do recorrente.

g) a agravante da liderança, prevista no art. 62, I, do CP, não está caracterizada na hipótese, pois é elementar do crime de lavagem de dinheiro, vindo a caracterizar verdadeiro *bis in idem*. Quando muito, deveria ser compensada com a atenuante da confissão, utilizada pelo julgador para conferir certeza moral à condenação.

Requer a nulidade da ação penal *ab initio* ou sua suspensão até ser julgado o processo relativo ao crime precedente no Estado do Ceará.

2. RODENILSON LEITE ALVES (fls. 8.988-9.017); CLÁUDIO ROBERTO FERREIRA (fls. 9.019-9.049 e fls. 9.559-9.588); REGINALDO AMARO BRASIL (fls. 9.050-9.079); RICARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA; RICARDO LAURINDO COSTA (fls. 9.149-9.175); JOSÉ RONALDO MARTINS (fls. 9.214-9.240); AMARILDO DIAS ROCHA (fls. 9.279-9.305) e MARIA CÉLIA PEREIRA MOREIRA (fls. 9.348-9.374)

Fundados no art. 105, III, "a" e "c", da CF, apontam contrariedade ao art. 14, II, do CP, e negativa de vigência dos arts. 17, 33, § 2º, "c", e 44, todos do CP, além de interpretação divergente da matéria. Para tanto, sustentam:

a) ocorrência de crime impossível, pois desde o início a polícia federal estava acompanhando e monitorando o desenrolar da ação, razão pela qual não existia a mínima possibilidade de êxito na empreitada;

b) a intenção de furtar, seguida de meros atos preparatórios, não configura a tentativa, pois não chegou a haver início da execução do crime;

c) a possibilidade de fixação do regime aberto de cumprimento da pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o acórdão impôs o regime mais severo sem fundamentação concreta e os condenados atendem os requisitos do art. 44 do CP.

Requerem a absolvição ou, alternativamente, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3. LUCIVALDO LAURINDO (fls. 9.413-9.446)

O recorrente, com fulcro no art. 105, "a" e "c", da CF, aponta negativa de vigência e interpretação divergente dos seguintes artigos:

a) art. 1º, *caput*, VII, da Lei n. 9.613/1998 e art. 1º do CP, no tocante à condenação pelo delito de lavagem de dinheiro, tendo como antecedente o crime praticado por organização criminosa, pois sua intenção não era integrar os capitais à economia, mas furtar instituição bancária. Ademais, "por mais paradoxal que possa parecer, não havia ocultação ou dissimulação de bens ou ativos, mas financiamento puro e simples de novo delito" (fl. 9.420);

b) art. 91, "b", do CP, pois condená-lo por lavagem de dinheiro constituiria punição dupla pelo mesmo fato delituoso, uma vez que a lei penal já prevê a pena de perdimento;

c) art. 5º, XXXIX, da CF e art. 1º do CP, pois a Lei n. 9.037/1995 não define o que seja organização criminosa e não pode ser aplicada a Convenção de Palermo para a definição de tal delito, sob pena de violação do princípio da legalidade. Assim, impossível a punição do réu no tocante à suposta lavagem de dinheiro, tendo como crime antecedente o

praticado por organização criminosa;

d) art. 14, II, do CP, ante a ocorrência de crime impossível, pois desde o início a polícia federal estava acompanhando e monitorando o desenrolar da ação, razão pela qual não existia a mínima possibilidade de êxito na empreitada.

Alega que a intenção de furtar, seguida de meros atos preparatórios, não configura a tentativa, pois não chegou a haver início da execução do crime. Ademais, mesmo que se pudesse falar em tentativa, a redução da pena jamais poderia ser em 1/3, mas, sim, em 2/3, em razão do *iter criminis* percorrido.

Requer a absolvição em relação ao crime de lavagem de dinheiro e o reconhecimento do crime impossível ou a redução da pena, pela tentativa, em 2/3.

4. FABRÍSIO OLIVEIRA SANTOS (fls. 9.462-9.496)

Fundado no art. 105, "a" e "c", da CF, aponta negativa de vigência e interpretação divergentes dos seguintes artigos:

a) art. 1º, *caput*, VII, da Lei n. 9.613/1998 e art. 1º do CP, no tocante à condenação pelo delito de lavagem de dinheiro, tendo como antecedente o crime praticado por organização criminosa, pois sua intenção não era integrar os capitais à economia, mas furtar instituição bancária. Ademais, "por mais paradoxal que possa parecer, não havia ocultação ou dissimulação de bens ou ativos, mas financiamento puro e simples de novo delito" (fl. 9.420);

b) art. 91, "b", do CP, pois condená-lo por lavagem de dinheiro constituiria punição dupla pelo mesmo fato delituoso, uma vez que a lei penal já prevê a pena de perdimento;

c) art. 5º, XXXIX, da CF e art. 1º do CP, pois a Lei n. 9.037/1995 não define o que seja organização criminosa e não pode ser aplicada a Convenção de Palermo para a definição de tal delito, sob pena de violação do princípio da legalidade. Assim, impossível a punição do réu no tocante à suposta lavagem de dinheiro, tendo como crime antecedente o praticado por organização criminosa;

d) art. 14, II, do CP, ante a ocorrência de crime impossível, pois desde o início a polícia federal estava acompanhando e monitorando o

desenrolar da ação, razão pela qual não existia a mínima possibilidade de êxito na empreitada.

Argumenta que a intenção de furtar, seguida de meros atos preparatórios, não configura a tentativa, pois não chegou a haver início da execução do crime.

Requer a absolvição em relação ao crime de lavagem de dinheiro e o reconhecimento do crime impossível, em relação ao furto tentado.

5. RICARDO PEREIRA DOS SANTOS (fls. 9.512-9.539)

Fundado no art. 105, III, "a" e "c", da CF, aponta:

a) contrariedade ao art. 17 do CP, ante a ocorrência de crime impossível, pois desde o início a polícia federal estava acompanhando e monitorando o desenrolar da ação, razão pela qual não existia a mínima possibilidade de êxito na empreitada;

b) violação do art. 14, II, do CP, pois a intenção de furtar, seguida de meros atos preparatórios, não configura a tentativa, pois não chegou a haver início da execução do crime;

c) violação do art. 33, § 3º, do CP, pois foi fixado o regime prisional mais gravoso, sem fundamentação concreta.

Requer o reconhecimento do crime impossível, a absolvição, a declaração de nulidade das audiências realizadas por videoconferência e o redimensionamento da pena.

Contrarrazões às fls. 9.944-9.962; 9.983-9.989; 9.990 e 9.999. Decisões de admissibilidade às fls. 10.169-10.277.

Ofício de fls. 10.381-10.382 informando que RICARDO PEREIRA DOS SANTOS já cumpriu integralmente a pena aplicada na ação penal originária.

A Procuradoria-Geral da República opinou às fls. 10.388-10.429.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.252.770 - RS (2011/0107213-8)

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. QUADRILHA, TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO E LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 288 DO CP. ELEMENTO SUBJETIVO DO INJUSTO. FIM ESPECÍFICO DE COMETER SÉRIE INDETERMINADA DE CRIMES. ART. 1º, VII, DA LEI N. 9.613/1998, ANTES DO ADVENTO DA LEI N. 12.850/2013. INEXISTÊNCIA DE CONCEITUAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO DIREITO PÁTRIO. OMISSÃO NÃO SUPRIDA PELA CONVENÇÃO DE PALERMO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. EXTENSÃO AOS CORRÉUS CONDENADOS PELO MESMO DELITO. CRIME IMPOSSÍVEL. MONITORAMENTO POLICIAL. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. DOSIMETRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP QUANTO ÀS VETORIAIS PERSONALIDADE E MOTIVOS DO CRIME. COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DO ART. 62, I, DO CP. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO FEDERAL VIOLADO. SÚMULA N. 284 DO STF. ATOS EXECUTÓRIOS. CARACTERIZAÇÃO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO PROVIDO. RECURSOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDOS PARA ALGUNS RECORRENTES E NÃO PROVIDOS PARA OUTROS.

1. Para a configuração do crime de quadrilha é imprescindível a comprovação do elemento subjetivo do injusto, qual seja, **o fim específico de cometer uma série indeterminada de crimes**, que a instância antecedente, soberana na análise dos fatos, concluiu não ter sido comprovada na espécie.

2. A teor do art. 1º do CP, é incabível a criminalização da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012, época em que não havia no ordenamento pátrio lei que incriminasse a organização criminosa, lacuna que, consoante moderna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Sexta Turma, não pode ser suprida pela Convenção de Palermo. Atipicidade da conduta, com extensão do *decisum* aos demais corréus condenados pelo mesmo delito.

3. A alegação de crime impossível em decorrência do monitoramento policial não foi objeto de análise pela instância antecedente e nem sequer foram opostos embargos de declaração para ventilar a matéria. Aplicação das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

4. Quanto à dosimetria, não há ilegalidade no ponto em que o julgador sopesou, de forma desfavorável, a culpabilidade do agente que **“auxiliou no financiamento da empreitada, bem como coordenava diretamente as atividades”**, pois evidenciado o maior grau de reprovabilidade da conduta, quando comparada, por exemplo com aquela praticada pelos agentes que apenas escavaram o túnel, como trabalhadores braçais.

5. Também em relação às circunstâncias e às consequências do crime, foi justificada a individualização da pena, pois o Tribunal de origem destacou a complexa logística do crime, o emprego de significativos recursos (inclusive a aquisição do imóvel onde era escavado o túnel), o envolvimento de mais de 30 pessoas, o recrutamento de diversos foragidos do sistema prisional e indivíduos com extensa ficha criminal, além dos danos causados durante a construção do túnel no subsolo de uma das principais ruas do centro da capital gaúcha, demandando, inclusive, o dispêndio de recursos públicos da municipalidade para reparar a via pública, mediante colocação de 80 toneladas de concreto para reparar o solo urbano.

6. Devem ser decotados, na primeira etapa da dosimetria, os aumentos relativos a personalidade e motivos do crime, pois inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar os maus antecedentes ou a personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade, e o fim criminoso de tentar subtrair valores, mesmo que vultosos, é inerente ao tipo penal de furto.

7. O pleito de compensação entre a confissão e a agravante do art. 62, I, do CP não comporta conhecimento, pois o recorrente deixou de apontar o dispositivo federal eventualmente violado. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 284 do STF.

8. A distinção entre atos preparatórios e executórios é tormentosa e exige uma conjugação de critérios, tendo como ponto de partida a teoria objetivo-formal, de Beling, associada a outros parâmetros subjetivos e objetivos (como a complementação sob a concepção natural, proposta por Hans Frank), para que, consoante o tirocínio do julgador, seja possível definir se, no caso concreto, foram exteriorizados atos tão próximos do início do tipo que, conforme o plano do autor, colocaram em risco o bem jurídico tutelado.

9. Tal solução é necessária para se distinguir o começo da execução do crime, descrito no art. 14, II, do CP e o começo de execução da ação típica. Quando o agente penetra no verbo nuclear, sem dúvida, pratica atos executórios. No entanto, comportamentos periféricos que, conforme o plano do autor, uma vez externados, evidenciam o risco relevante ao bem jurídico tutelado também caracterizam início da execução do crime.

10. Não houve violação do art. 14, II, do CP, pois os atos externados ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal, inclusive com a execução da qualificadora do furto. Os recorrentes, mediante complexa logística, escavaram por dois meses um túnel de 70,30 metros entre o prédio que adquiriram e o cofre da instituição bancária, cessando a empreitada, em decorrência de prisão em flagrante, quando estavam a 12,80 metros do ponto externo do banco, contexto que evidencia, de forma segura, a prática de atos executórios.

11. Os pedidos de alteração do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não podem ser conhecidos, à míngua do necessário prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do STF.

12. A iminência da consumação do crime justifica, a teor do art. 14, II, do CP, o percentual mínimo de redução de pena, na terceira etapa da dosimetria. Ademais, reanalisar o *iter criminis* percorrido ensejaria exame de fatos e provas, vedado no recurso especial, conforme Súmula n. 7 do STJ.

13. Recurso especial do Ministério Público não provido. Recurso especial de Jean Ricardo Galian parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido para reconhecer a atipicidade da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012, e redimensionar a reprimenda do crime de furto tentado qualificado para 3 anos de reclusão e 60 dias-multa. Decisão que reconheceu a atipicidade do crime do art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998 estendida, a teor do art. 580 do CPP, aos corréus RAIMUNDO DE SOUZA PEREIRA, JAMES XIMENDES DA SILVA, FABRÍSIO OLIVEIRA SANTOS e DJALMA LIRA DE JESUS, com fulcro no art. 580 do CPP. Recursos especiais de Fabrísio Oliveira Santos e Lucivaldo Laurindo parcialmente conhecidos e, nessa parte, providos para reconhecer a atipicidade da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012. Recursos especiais de Rodenilson

Leite Alves, Cláudio Roberto Ferreira, Reginaldo Amaro Brasil, Ricardo Rodrigues de Oliveira, Ricardo Laurindo Costa, José Ronaldo Martins, Amarildo Dias Rocha, Maria Célia Pereira Moreira e Ricardo Pereira dos Santos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, não providos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. DO RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 8.541-8.567)

Os recorridos foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, pelo crime do art. 288 do CP, sob a forma de organização criminosa (Lei n. 9.034/05 e Decreto n. 5.015/04). A instância antecedente, após discorrer sobre a inexistência de conceituação, à época, do crime autônomo de organização criminosa, decidiu absolvê-los da prática do crime tipificado no art. 288 do CP, porquanto: "A caracterização do delito de formação de quadrilha exige a demonstração de **vínculo associativo permanente** para fins delituosos, ou seja, uma predisposição comum de meios para a prática de **uma série indeterminada de delitos**" (fl. 8.034), e, na hipótese, foi comprovado que o grupo estava executando apenas um crime. Concluiu:

Na hipótese dos autos, a denúncia descreve que os réus se reuniram, de forma estável e permanente, no período de abril a setembro de 2006, com o propósito de praticar lavagem de dinheiro e furtar agências bancárias (Banrisul e CEF). Conquanto não tenha sido comprovado, nesta instância, que o grupo também estava executando a escavação para lesar a Caixa Econômica Federal, ficou demonstrado, no exame do acervo probatório realizado acima, que os acusados Jean Ricardo Galian, Raimundo de Souza Pereira, Lucivaldo Laurindo, Djalma Lira de Jesus, James Ximendes da Silva, Fabrísio Oliveira Santos e Alexsandro dos Santos e Silva praticaram os crimes de ocultação/dissimulação de capitais, bem como tentaram, juntamente com os demais denunciados, furtar o caixa-forte da agência central do Banrisul na capital gaúcha,

preenchendo, desse modo, o requisito objetivo do tipo penal em comento, isto é, a pluralidade de crimes.

Como o suposto furto contra a CEF não passou de uma cogitação dos órgãos policiais, por mais que fosse possível tal suposição devido à audácia dos acusados, é preciso admitir que, na medida em que não foi encontrado qualquer elemento concreto capaz de demonstrar que o grupo tinha, de fato, firme o propósito de prosseguir a escavação até o cofre da Caixa Econômica Federal a fim de, simultaneamente, furtar valores depositados nos dois bancos, inexistente o pressuposto objetivo em relação a todos os réus.

O MPF, além de não descrever na denúncia - transcrita no relatório - o ânimo associativo permanente por parte daqueles acusados que não foram condenados pelo crime de lavagem, não logrou êxito em comprovar, ao longo da instrução, que tais denunciados constituíram uma associação estável com o propósito de cometer delitos onde quer que fosse.

[...]

Malgrado o Plenário do STF tenha considerado, por ocasião do julgamento do HC 81260/ES (Rei. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19-04-2002), que o crime de quadrilha se consuma, em relação aos fundadores, no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontades entre mais de três pessoas, e, quanto àqueles que venham posteriormente a integrar-se ao bando já formado, na adesão de cada qual, descabe responsabilizar a maioria dos acusados pelo crime do artigo 288 do CP, porquanto, ao longo da instrução, o Parquet só conseguiu demonstrar a adesão destes ao furto em desfavor do banco Banrisul apenas. Note-se que tal solução não se relaciona com a incompletude do iter criminis, mas sim com a ausência de elementos concretos que indicassem, com segurança, que o grupo visava a atingir a Caixa também (fls. 8.035-8.036).

O Ministério Público, com fulcro no art. 105, III, "a" e "c", da CF, aponta a negativa de vigência do art. 288 do CPP, ao argumento de que "é dispensável para a consumação do delito de quadrilha a efetiva realização da prática delituosa concebida pelo bando, tampouco em mais de uma oportunidade" (fl. 8.558). No entanto, em que pesem as razões recursais, o acórdão hostilizado não se posicionou sobre a consumação do crime, mas, sim, sobre a sua caracterização.

É cediço que, para a configuração do crime descrito no art. 288 do CP, antes da alteração promovida pela Lei n. 12.850/2013, era necessária a conjugação dos seguintes elementos: a) concurso de, ao menos, quatro agentes; b) fim específico de praticar uma **indeterminada série de crimes** e c) estabilidade e permanência criminosa. Dessarte, o crime em comento, de natureza formal, subsiste de forma autônoma, ainda que os ilícitos criminais almejados pela associação criminosa não venham a ser praticados.

Nesse sentido:

[...]

CRIME DE QUADRILHA - ELEMENTOS DE SUA CONFIGURAÇÃO TÍPICA.

- O crime de quadrilha constitui modalidade delituosa que ofende a paz pública. A configuração típica do delito de quadrilha ou bando deriva da conjugação dos seguintes elementos caracterizadores : (a) concurso necessário de pelo menos quatro (4) pessoas (RT 582/348 - RT 565/406), (b) finalidade específica dos agentes voltada ao cometimento de **delitos (RTJ 102/614 - RT 600/383)** e (c) exigência de estabilidade e de permanência da associação criminosa (RT 580/328 - RT 588/323 - RT 615/272). - A existência de motivação política subjacente ao comportamento delituoso dos agentes não descaracteriza o elemento subjetivo do tipo consubstanciado no art. 288 do CP, eis que, para a configuração do delito de quadrilha, basta a vontade de associação criminosa - manifestada por mais de três pessoas -, **dirigida à prática de delitos indeterminados, sejam estes, ou não, da mesma espécie.** - O crime de quadrilha é juridicamente independente daqueles que venham a ser praticados pelos agentes reunidos na *societas delinquentium* (RTJ 88/468). O delito de quadrilha subsiste autonomamente, ainda que os crimes para os quais foi organizado o bando sequer venham a ser cometidos.

[...]

(HC n. 72.992, Relator. Min. Celso de Mello, 1ª T., DJ 14/11/1996)

Na hipótese, o acórdão hostilizado pontuou que o órgão acusatório: a) "não logrou êxito em comprovar, ao longo da instrução, que tais denunciados constituíram uma associação estável com o propósito de cometer delitos onde quer que fosse"; b) "O *Parquet* só conseguiu demonstrar a adesão destes ao furto em desfavor do banco Banrisul apenas" (fl. 8.035) e c) a

absolvição "não se relaciona com a incompletude do *iter criminis*, mas sim com a ausência de elementos concretos que indicassem, com segurança, que o grupo visava a atingir a Caixa também" (fls. 8.035-8.036), pois o suposto ilícito "não passou de uma cogitação dos órgãos policiais" (fl. 8.035).

Nesse cenário, não há falar em violação do art. 288 do CP, pois, para a configuração do crime de quadrilha é imprescindível, consoante externado no acórdão recorrido, a comprovação do elemento subjetivo do injusto, qual seja, **o fim específico de cometer uma série indeterminada de crimes (pluralidade)**, que a instância antecedente, soberana na análise dos fatos, concluiu não ter ocorrido na espécie.

II. DOS RECURSOS DEFENSIVOS

1. JEAN RICARDO GALIAN (fls. 8.951-8.987 e 9.648-9.684)

O recorrente, fundado no art. 105, III, "a", da CF, sustenta:

a) contrariedade ao art. 1º do CP, pois a condenação pela prática do crime de lavagem de dinheiro feriu o princípio da anterioridade, em virtude da deficiência conceitual do que seria organização criminosa à época dos fatos.

Com razão o recorrente.

A controvérsia centra-se na tipificação da expressão organização criminosa, antes do advento da Lei n. 12.850/2013, a fim de constatar a legalidade da condenação quanto ao delito materializado no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998 (crime cometido por organização criminosa como antecedente à lavagem de capitais).

A conceituação de organização criminosa não é uma celeuma exclusiva do ordenamento jurídico brasileiro. Países como Inglaterra e Alemanha optaram por não criar um tipo penal específico, pautando a atuação das autoridades em diretrizes internas da Polícia e do Ministério Público para o combate ao crime organizado. Na Itália, em decorrência do histórico combate ao sistema mafioso, foram conceituadas, no próprio *Codice Penale*, as "associações tipo mafiosas", bem como tipificadas, no art. 416-bis, as condutas incriminadoras por elas praticadas, sob o título "*Associazione* de tipo mafioso", que exige, em sua descrição, a presença de três ou mais pessoas.

No Brasil, o primeiro diploma legal a mencionar organização criminosa foi a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, sem, no entanto, defini-la, somente dispondo acerca dos meios operacionais para prevenção e repressão dos delitos praticados por tais organizações, vindo a ser posteriormente revogada pela Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Em nosso ordenamento jurídico, outros diplomas legais também passaram a empregar a expressão "organização criminosa" sem conceituá-la (Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001):

Art. 1º. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§ 4º. A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

[...]

IX – praticado por organização criminosa.

Cite-se também o disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, em que há previsão do "tráfico privilegiado", nas hipóteses em que o agente não se dedique às atividades criminosas **nem integre organização criminosa**.

A jurisprudência desta Corte Superior aceitava como conceito de organização criminosa o disposto no art. 2º, "a", da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), ratificada pelo Brasil e inserida no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto Presidencial n. 5.015, de 15 de março de 2004, *in verbis*:

Para efeitos desta Convenção, entende-se por:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; [...]

A Convenção de Palermo estabelece normas para a cooperação jurídica internacional e previsões legais para os países que a recepcionarem e,

entre outros tipos penais, tipifica os delitos de participação em um grupo criminoso organizado (art. 5º), de lavagem de dinheiro (art. 6º) e de corrupção (art. 8º), além de regulamentar as medidas de prevenção a tais espécies delituosas.

O conceito de organização criminosa disposto na Convenção de Palermo também foi adotado pelo Conselho Nacional de Justiça, na Recomendação n. 3/2006, referente à especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas:

A PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições, tendo em vista o decidido na Sessão de 30 de maio de 2006, e

CONSIDERANDO a necessidade de o Estado combater o crime organizado, mediante a concentração de esforços e de recursos públicos e informações;

[...], resolve

RECOMENDAR

1. Ao Conselho da Justiça Federal e aos Tribunais Regionais Federais, no que respeita ao Sistema Judiciário Federal, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, a especialização de varas criminais, com competência exclusiva ou concorrente, para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas.

2. Para os fins desta recomendação, sugere-se:

a) a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, ou seja, considerando o "grupo criminoso organizado" aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Não obstante tais considerações, após acirrado debate no julgamento da Ação Penal n. 470, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, a discussão ganhou novos contornos, quando **o pleno do Supremo Tribunal**

Federal decidiu ser necessário um tipo penal próprio para o crime de organização criminosa. Desde então, a Corte Suprema passou a adotar o entendimento de que, em respeito ao princípio da legalidade, é inviável a responsabilização criminal pelo crime do art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998, **cometido em data anterior ao disposto nas Leis n. 12.683/2012 e 12.850/2013**, pois, em tal época, não havia conceituação, no direito pátrio, do que seria organização criminosa, indispensável para a criminalização do comportamento do agente. Ilustrativamente:

[...]

Ressalvado o entendimento do Relator, é atípica a conduta capitulada no art. 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98 - a qual foi imputada ao recorrente -, pois, à época dos fatos narrados na denúncia (1998 a 2005), não havia definição jurídica na legislação pátria para 'organização criminosa'.

5. A Convenção Internacional de Palermo, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto nº 5.015/04, não supriu essa omissão, conforme assentado majoritariamente pela Corte no julgamento da AP nº 470/MG.

6. Recurso ordinário parcialmente provido, concedendo-se a ordem de *habeas corpus* para trancar a ação penal proposta contra o recorrente no tocante ao art. 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98.

7. Extensão dos efeitos dessa decisão aos demais corréus que respondem pelo mesmo delito (CPP, art. 580).

(RHC n. 124.082, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., DJe 5/2/2015)

Tal entendimento, em recente julgado, foi acolhido pela Sexta Turma desta Corte Superior:

[...]

3. Por fatos praticados nos idos de 2006, os recorrentes foram denunciados como incurso no artigo 1.º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/98, com redação primeva ao disposto nas Leis n.º 12.683/12 e n.º 12.850/13.

4. Não obstante anterior entendimento desta Sexta Turma, torna-se inviável a responsabilização criminal, visto a atipicidade da conduta narrada na exordial acusatória, pois, à época dos fatos, carente a descrição normativa do que seria compreendido por organização criminosa, considerado crime antecedente à lavagem de dinheiro. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

[...]

Superior Tribunal de Justiça

(RHC n. 38.674/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 5/5/2014)

Ao comentar o julgamento precursor do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, Rômulo de Andrade Moreira pontua:

[...]

Antes de qualquer consideração, louvemos a acertada decisão da Turma do STF, pois atentou para o princípio da legalidade, absolutamente inafastável em um Estado Democrático de Direito, ainda mais quando se trata de estabelecer uma exata definição acerca de uma estrutura criminosa, que permite ao Estado autorizar contra o indivíduo, ainda presumivelmente inocente, atos investigatórios invasivos de sua privacidade.

Evidentemente que não desconhecemos nem negamos a existência de organizações criminosas, inclusive em nosso País, mas é preciso que, antes de qualquer coisa, dê-se um conceito legal para aquelas estruturas criminosas, tal como fez, por exemplo, o Código Penal, no art. 288, ao conceituar quadrilha ou bando, e a Lei nº 11.343/06, no art. 35 (Associação para o Tráfico - Lei de Drogas).

(O Supremo Tribunal Federal decidiu que no Brasil não há organização criminosa: e agora? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: Editora Magister, n. 47, p. 21, abril/maio de 2012.)

No que se refere à utilização do conceito de organização criminosa disposto na Convenção de Palermo, leciona Heloisa Estellita que "[...] os elementos programáticos oferecidos pela Convenção de Palermo para delinear o grupo criminoso organizado não atendem minimamente o mandato de segurança jurídica contido no princípio da legalidade" (*Criminalidade de Empresas, Quadrilha e Organização Criminosa*. 1. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 86).

Sob as premissas expostas, verifico que, na hipótese, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao proferir a condenação pelo crime de lavagem de dinheiro, invocou como único fundamento a Convenção de Palermo, que, segundo ponderou, bastaria para justificar a formulação normativa constante do inciso VII do art. 1º da Lei n. 9.613/98, na redação anterior ao advento da Lei n. 12.683/2012. Não obstante as razões do aresto hostilizado, atento à novel jurisprudência da Corte Suprema, entendo que, por respeito ao princípio da

legalidade, disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal, **é incabível a criminalização da conduta do recorrente sem que, à época, houvesse um tipo penal no ordenamento pátrio que a definisse como crime.**

Acerca do disposto no inciso VII da Lei n. 9.613/98, ou seja, quando o crime cometido por organização criminosa figurar como antecedente à lavagem de dinheiro, esclarece Gamil Föpel El Hireche que:

[...] ao colocar o disposto no inciso VII, ao tratar das organizações criminosas como crime antecedente, o legislador escancarou o tipo. Com efeito, inexistiu um tipo legal que incrimine as organizações criminosas, tratando-se de uma manifesta inconstitucionalidade [...] (*Análise Criminológica das Organizações Criminosas*. Da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do direito penal do inimigo. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 127)

Não se pode olvidar que, com a entrada em vigor da Lei n. 12.683/2012 – que excluiu o rol taxativo dos delitos antecedentes à lavagem de dinheiro – e da Lei n. 12.850/2013 – que conceituou organização criminosa –, caiu por terra toda a discussão acerca desse tema.

Entretanto, no caso em tela, a conduta ocorreu antes da entrada em vigor dos mencionados dispositivos legais e, consequentemente, antes da definição legal de organização criminosa em nosso ordenamento jurídico.

À vista do exposto, reconheço a violação do art. 1º do Código Penal e afasto a condenação do recorrente pelo crime do art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998. O *decisum*, fundado em motivo de caráter objetivo, deve ser estendido aos outros acusados, em idêntica situação fática e processual, RAIMUNDO DE SOUZA PEREIRA, LUCIVALDO LAURINDO, JAMES XIMENDES DA SILVA, FABRÍSIO OLIVEIRA SANTOS e DJALMA LIRA DE JESUS, com fulcro no art. 580 do CPP.

As demais considerações, de que a) a condenação pelo crime de lavagem de dinheiro foi baseada em confissão policial; b) a cópia da Ação Penal n. 2005.81.00.014586-0, do TRF da 5ª Região, serviu de prova emprestada, sem passar pelo crivo do contraditório; c) o processo relativo ao crime de lavagem de capitais deveria ter sido suspenso ou ficar prejudicado,

pois existia ação penal deflagrada no Ceará para apurar o crime antecedente; d) há litispendência, pois foi condenado pelo Juízo Federal de Fortaleza, pela mesma conduta, **estão todas prejudicadas, à vista da reconhecimento da atipicidade da conduta.**

b) negativa de vigência do art. 17 do Código Penal, pois a prática do furto era impossível, ante a vigilância policial.

Não houve prévio debate sobre a tese jurídica e nem sequer foram opostos embargos de declaração para ventilar a matéria. Com efeito, a instância antecedente somente se manifestou sobre a tese de crime impossível ante a precariedade do túnel e a falta de energia elétrica (fls. 7.981 e 8.024), sem examinar a impossibilidade de consumação do crime em decorrência da vigilância da polícia, argumento que consiste em inovação em recurso especial. Aplicável, portanto, o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do STF, pois o requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo Tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados, o que não ocorreu na hipótese.

No julgamento do HC n. 234.872/RS, de minha relatoria, impetrado em favor de Odemir Francisco dos Santos, acusado na mesma ação penal originária, a Sexta Turma reconheceu que a tese jurídica não foi analisada pela Corte de origem. Ademais, pontuou que a observação dos passos do praticante do furto não rende ensejo, por si só, ao automático reconhecimento da existência de crime impossível, *in verbis*:

[...]

5. A alegação de crime impossível em decorrência do monitoramento da polícia não foi objeto de análise pela Corte de origem, pois o acórdão impugnado analisou somente a existência de crime impossível em virtude de eventual falta de energia ou de explosivos, e não em razão do monitoramento policial.

6. O Superior Tribunal de Justiça entende que "a existência de sistema de monitoramento eletrônico ou a observação dos passos do praticante do furto pelos seguranças da loja não rende ensejo, por si só, ao automático reconhecimento da existência de crime impossível, porquanto, mesmo assim, há possibilidade de o delito ocorrer" (HC 160.795/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 22/08/2013).

[...]

(HC n. 234.872/RS, de minha relatoria, 6ª T., DJe 22/10/2013)

c) violação dos arts. 15 e 17 do CP, pois não há como sustentar a ocorrência de tentativa de furto sem início da ação correspondente ao verbo descrito no tipo legal.

A irresignação recursal, no ponto, não comporta conhecimento, pois os artigos apontados como violados não corroboram a pretensão recursal. Com efeito, não existe correlação lógica entre a alegação de que os atos preparatórios não são puníveis e os dispositivos apontados como violados, que tratam da desistência voluntária, arrependimento eficaz e crime impossível. A deficiência recursal atrai, por analogia, o óbice da Súmula 284 do STF.

Pontuo, contudo, que a matéria será analisada no reclamo especial de outros acusados.

d) contrariedade ao art. 59 do CP, pois as certidões juntadas aos autos referem-se a inquérito policial e processos em curso; não há elementos suficientes para aferição de sua personalidade; os motivos e as consequências do crime foram inerentes ao tipo penal; a culpabilidade já foi afirmada quando o julgador declarou que praticou a infração penal.

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à reprovação do delito perpetrado.

Assim, para se obter uma aplicação justa da lei penal, o julgador, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, há de atentar para as singularidades do caso concreto, devendo, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal. São elas: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima.

Consoante entendimento deste Superior Tribunal, "inexistindo desproporcionalidade ou tampouco falta de fundamentação no aumento da

pena-base, é vedado o reexame em recurso especial dos detalhes que circundaram a ação delituosa dos Recorrentes, pormenorizadamente analisados pelas instâncias ordinárias, por demandar incursão na seara fático-probatória dos autos, que é vedada pela Súmula n.º 07 desta Corte Superior" (REsp 1.307.166/SP, Rel. **Ministra Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 6/9/2013).

No caso, a pena-base do recorrente foi fixada acima do mínimo legal pela análise desfavorável dos **motivos, circunstâncias e consequências do crime**, bem como das vetoriais **personalidade e culpabilidade**, *in verbis*:

O réu possui as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP comuns aos demais acusados do crime de furto: motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como a vetorial personalidade, dado que possui 1 (um) inquérito além daquele que foi arquivado (fl. 3252) e 6 (seis) ações penais em andamento, excluída aquela que tramita em Fortaleza pelo furto ao BC-CE.

Ademais, a culpabilidade do acusado é intensa, auxiliou no financiamento da empreitada, bem como coordenava diretamente as atividades à frente do prédio da rua Caldas Júnior.

Portanto, diante da existência de cinco vetoriais desfavoráveis, é de rigor fixar a pena-base do denunciado em 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Diante das preciosas informações prestadas pelo acusado tanto na fase policial (admitiu ter financiado o furto), quanto em juízo (reconheceu ter atuado no mega furto cearense, auferindo cinco milhões de reais), as quais, frise-se, auxiliaram, decisivamente, na compreensão dos fatos que, evidentemente, não estavam ao alcance da investigação policial, tampouco poderiam, pelas circunstâncias do caso sub examine, ser elucidados por provas testemunhais, deve ser reconhecido o direito à atenuante da confissão ao ora apelante. Por outro lado, o acusado foi um dos líderes da empreitada delitiva desenvolvida em solo gaúcho, razão pela qual deve incidir a agravante da liderança, prevista no art. 62, I, do CP, conforme requerido na peça incoativa.

Diante do concurso entre atenuante (confissão) e agravante (liderança), há de prevalecer, no caso em tela, em que a pena-base foi fixada próxima do termo médio, uma atenuação mínima e uma agravação máxima, segundo leciona BOSCHI (Op. Cit, p. 297):

Conforme nossa concepção, na segunda fase, a definição em torno das circunstâncias agravantes e atenuantes em concurso deveria ser encaminhada na sentença do seguinte modo: [...] por último, se a pena-base tiver sido fixada na direção do termo

médio - a indicar reprovação máxima a atenuação terá que ser mínima, e a agravação, pelo reverso, máxima, como proposto na regra de número três.

Desse modo, diminui-se a pena em oito meses pela confissão - 5 (cinco) anos e 1 (um) mês -, mas aumenta-se em onze meses em decorrência da liderança exercida pelo ora apelante, fixando-a em 6 (seis) anos de reclusão.

Finalmente, cabe reduzir à pena em 1/3 (um terço) por força da causa de diminuição da tentativa, tornando a reprimenda definitiva em 4 (quatro) anos de reclusão.

De modo a guardar simetria com a sanção privativa de liberdade ora fixada, reduz-se a pena de multa de 165 (cento e sessenta e cinco) para 80 (oitenta) dias-multa, mantida a razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, com a devida atualização (fls. 8.126-8.127)

No julgamento dos aclaratórios, a Corte de origem assentou:

Ao abordar a parte geral da dosimetria das penas (fl. 7493), ficou assentado, expressamente, que **cada vetorial negativa exasperaria a pena em nove meses**, apesar do fato de que, normalmente, o Tribunal adota o patamar de oito meses, já que, como se viu no aresto ora embargado, não foi um furto comum, tendo em vista os requintes de planejamento e organização verificados. (fl. 8.441)

O conceito de culpabilidade, envolto em intensos debates doutrinários, costuma ser utilizado em três sentidos no Direito Penal pátrio, que aqui sintetizo apenas para compreensão do julgado: a) como princípio, querendo traduzir a limitação à responsabilidade penal objetiva; b) como limite à sanção estatal, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; c) como pressuposto da aplicação da pena ou, para os que adotam a teoria tripartida do delito, como elemento analítico do crime.

Para a análise da dosimetria e da aventada violação do art. 59 do CP, **interessa-nos a culpabilidade como limite à sanção estatal**, circunstância judicial introduzida no art. 59 do CP pela reforma penal de 1984, em substituição ao critério da intensidade do dolo ou grau de culpa, que permite a mensuração da reprovabilidade que recai sobre o agente, ante o bem jurídico ofendido.

Busato sustenta que "os limites da liberdade de agir implicam

em proporcional reprovação desse agir. Assim, a culpabilidade representa também o grau de reprovabilidade de cada conduta em face do seu contexto. É uma medida de intensidade, da qual decorre a ideia de proporcionalidade" (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 525).

Nesse diapasão, verifico que as instâncias ordinárias destacaram que "a culpabilidade do acusado é intensa, **auxiliou no financiamento da empreitada**, bem como **coordenava diretamente as atividades**" (fl. 8.126). O contexto delineado, a meu ver, demonstra o maior grau de reprovabilidade do recorrente, quando comparado, por exemplo, com os agentes que apenas escavavam o túnel, realizando trabalho braçal, que justifica a graduada e diferenciada censurabilidade na individualização da pena.

Quanto às vetoriais **motivos, circunstâncias e consequências** do crime, explicitou de maneira conjunta, para todos os réus:

O magistrado sentenciante explicitou os critérios adotados na dosimetria das penas em relação aos crimes de furto qualificado tentado e formação de quadrilha nestas letras (fls. 4064-4065v.):

"[...] Na aplicação da pena, portanto, é necessário valorar-se da forma devida as circunstâncias do caso concreto, fazendo com que a pena aplicada atenda, na maior medida possível, à necessidade de prevenção geral e especial do crime, conforme acima exposto.

A partir dessas considerações, torna-se evidente que no caso concreto, e que **a estima de prejuízo com a tentativa de furto** de ativos, jóias, bens, dinheiro e títulos depositados nos cofres das agências centrais da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e BANRISUL de Porto Alegre/RS, **alcança a quantia de R\$ 21.000.000,00** (fls. 1792/1795), **tal circunstância há de ter, necessariamente, peso diferenciado no cálculo da pena.**

Não se tratava, vale frisar, de uma simples tentativa de furto, mas de **um crime nos mesmos moldes daquele perpetrado na cidade de Fortaleza/CE, no qual resultou um prejuízo da ordem de aproximadamente R\$ 165 milhões.** Conforme amplamente exposto nos itens "Organização Criminosa" e na individualização das condutas dos réus, restou devidamente comprovado que o núcleo da organização criminosa que executava o crime em Porto Alegre era o mesmo que havia consumado o crime no Ceará, e que preparava, simultaneamente, outro crime da espécie em Alagoas.

Além dos graves prejuízos que se tencionava causar com a perpetração do delito, hão de ser consideradas as circunstâncias que, de um modo geral, envolveram o crime - complexa logística, emprego de significativos recursos (somente para aquisição do imóvel no qual era escavado o túnel foi despendido valor equivalente a R\$ 300.000,00), envolvimento de mais de 30 pessoas (identificadas), recrutamento, em um único crime, de diversos foragidos do sistema prisional e/ ou indivíduos com extensa ficha criminal - todas a revelar **uma especial periculosidade na ação criminosa.**

Diante de todo o exposto, **a dimensão do crime - tentativa de furto de R\$ 21.000.000,00 - e as circunstâncias em que foi executado hão de ser refletir**, de forma proporcional, para aplicação de uma pena na mesma proporção da gravidade do delito. **Tais elementos serão considerados, de forma unificada, no item circunstâncias do CP, art. 59, e terão um peso diferenciado em relação às demais circunstâncias judiciais, implicando uma elevação de pena em 3 (três) anos.**

No mais, também atentando às peculiaridades do caso concreto e à insuficiência dos critérios de 1/8 (um oitavo) ou 1/16 (um dezesseis avos), o reconhecimento de maus antecedentes criminais (CP, art. 59) implicará uma elevação de pena em 1 (um) ano.

A agravante da promoção e coordenação dos demais agentes (CP, art. 62,1), aplicável às lideranças da ação criminosa, também será avaliada, tanto no crime de furto quanto no de quadrilha, de forma particularmente negativa, implicando uma elevação de pena de 1/3 (um terço) sobre a pena-base.

A atenuante da confissão (CP, art. 65, d), ante um critério de justiça, para os poucos que a fizeram, haverá de implicar uma redução de pena na mesma proporção, ou seja, 1/3 (um terço) sobre a pena-base.

Embora a tentativa de furto tenha sido duplamente qualificada, pelo concurso de agentes e pelo rompimento de obstáculo (CP, art. 155, § 4º, I e IV), não sendo qualquer das qualificadoras prevista como agravante específica (CP, arts. 61 e 62) e já tendo as circunstâncias do crime devidamente valoradas (CP, art. 59), deixo de considerar a dupla qualificação para fins de aplicação de pena.

Haverá de incidir a causa de aumento de pena relativa ao concurso formal (CP, art. 70), pois, conforme amplamente analisado nos Capítulos "Furto Qualificado" e, principalmente, "Competência", o túnel viabilizaria acesso tanto ao BANRISUL quanto à CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Tendo em vista o número de delitos (2), o aumento deverá ser aplicado no mínimo de 1/6 (um sexto).

No que tange à causa de diminuição da pena relativa à tentativa (CP, art. 14, II), tendo em vista o avançado estágio do trabalho de escavação que, ao menos em relação a um dos alvos já se encontrava a poucos metros, deve ser aplicada no mínimo, vale dizer, em 1/3 (um terço).

Conforme já referido, a análise da imagem de satélite abaixo, extraída do site www.earthgoogle.com, com a sobreposição do traçado já escavado do túnel (fl. 1224), fala por si só o quão próxima a obra estava do primeiro alvo em potencial (Banco Banrisul).

Após escavados 70,3 m, restava uma distância de apenas 12,8 m para que o túnel atingisse a extremidade noroeste do primeiro dos possíveis alvos da ação criminosa. Da distância total necessária para atingi-lo, já havia sido escavado o equivalente a aproximadamente 85%.

Quanto à aplicação de pena para o crime de formação de quadrilha, consigno que o fato de se tratar de típica Organização Criminosa, conforme amplamente analisado no Capítulo próprio, estruturada para prática de crimes de grande vulto, formada por um amplo contingente de pessoas, com recursos financeiros significativos, capacidade de perpetrar delitos em diversos pontos do país, utilizando seus integrantes, em sua maioria, de nomes falsos a fim de dificultar sua identificação, haverá de ser considerado no item circunstâncias do art. 59 do Código Penal, elevando-se a pena em 1 (um) ano.

Finalmente, consigno que o papel de liderança em relação aos demais agentes será também valorado para fins de aplicação de pena no crime de formação de quadrilha, não havendo *bis in idem*, haja vista tratar-se de objetividades jurídicas distintas protegidas pelos artigos 155 e 288 do CP.

Justificados os critérios, passo à sua aplicação. [...]"

[...]

Desse modo, é evidente que **a elevação de uma única vetorial (circunstâncias do crime) não pode justificar a exasperação da pena-base em três anos como fizera o sentenciante para**

um tipo penal que, consoante os critérios adotados neste Colegiado, demandaria, em regra, uma censura de oito meses para cada uma das oito circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, dado que o furto qualificado prevê penas de dois e oito anos de reclusão. Há, portanto, uma desproporcionalidade flagrante no juízo de censurabilidade estabelecido pela sentença ora recorrida em relação à referida circunstância judicial, razão pela qual é de rigor a **sua redução para nove meses**, ainda que não tenha sido um furto comum, tendo em vista **os requintes de planejamento e organização verificados**.

Por conseguinte, também cabe valorar negativamente em **nove meses a existência de feitos criminais em desfavor dos réus**. Contudo, há que distinguir as ações penais transitadas em julgado antes dos fatos sub examine, que ensejam valoração negativa a título de reincidência, daqueles inquéritos ou ações penais pendentes, já que, segundo orientação pretoriana, impõem avaliação negativa da vetorial personalidade. Nessa linha de inteligência, frise-se que a 4ª Seção deste Regional, no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade em ACR nº 2003.04.01.043049-1/SC (DJU 09-03-2005), deixou assentada a **possibilidade de agravamento da pena-base, em face da personalidade desfavorável, nas hipóteses em que o acusado registra em seu nome outros registros criminais, demonstrando ter propensão para o delito**. O íncrito Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, na referida decisão, assinalou que uma pessoa reiteradamente envolvida em práticas ilícitas revela um traço de personalidade diferenciado daquela que, por alguma eventualidade da vida, acabou envolvida em um crime que, ao invés de lhe servir como elemento inspirador de novas ofensivas delitivas (habitualidade), significou o marco de uma reestruturação da vida com uma maior conscientização relativamente às consequências das decisões a serem tomadas.

[...]

Cumprе ressaltar que, **diante da não consumação do furto do numerário depositado no caixa-forte do Banrisul, o qual era estimado em aproximadamente vinte milhões de reais, é defeso considerar tal montante a título de consequências do crime, o que, evidentemente, não impede avaliá-lo na vetorial motivo**, visto que, consoante doutrina José Antonio Paganella Boschi (*Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 213):

Os motivos determinantes do crime podem ser qualificados axiologicamente como positivos ou negativos, nobres ou não.

Aquele que age sob os influxos de sentimento altruísta (em defesa do bom nome da pátria, contra as ofensas irrogadas por um estrangeiro, por exemplo) há de sofrer censura mais branda em relação àquele que cometeu um crime por motivo relacionado à vingança, à libidinagem ou ao jogo, por exemplo. As dificuldades de toda ordem das populações marginais (de margem, de estar à margem) poderiam explicar (embora sem justificar, por evidente) a criminalidade patrimonial em países como o nosso, injustos e desiguais. A mesma coisa não poderíamos dizer trantando-se de ilícitos praticados por organizações criminosas, que sequestraram para levantarem fundos, para financiarem a execução de outros projetos ilícitos...

No caso em apreço, a quantia depositada na caixa-forte da instituição bancária é extremamente vultosa, ultrapassando, pois, os valores comumente furtados/roubados de agências bancárias.

De qualquer sorte, não se pode desconsiderar, a título de **consequências do crime, os danos causados pelos réus durante a construção do túnel no subsolo de uma das principais ruas do centro da capital gaúcha, demandando, inclusive, o dispêndio de recursos públicos da municipalidade para reparar a via pública, cuja danificação em superfície pode ser observada na foto 15 do Laudo Pericial nº 1765/2006 (fl. 1230 do Anexo 2, Vol IV).** Com efeito, segundo referiu o MPF na denúncia, a Prefeitura de Porto Alegre providenciou o fechamento do túnel através da colocação de 80 toneladas de concreto para reparar os danos provocados às vias públicas e ao solo urbano (fl. 23).

[...]

Saliente-se, outrossim, que a consideração dos feitos criminais anteriores em momentos diversos da dosimetria das penas - antecedentes (fixação da pena-base) e reincidência (segunda etapa) - configura *bis in idem*, quando, nos termos da Súmula 241 do STJ, os fatos valorados nestas duas etapas for o mesmo: A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

Contudo, a jurisprudência predominante do Egrégio Superior Tribunal de Justiça considera que, nas hipóteses em que o acusado possui diversas condenações transitadas em julgado, é possível considerar algumas dessas na primeira etapa, e outras na segunda fase. Nesse sentido (grifos nossos):

[...]

Além disso, este precedente do Pretório Excelso viabiliza a pretensão recursal do MPF, em relação às penas dos réus

Alexandre Antunes, Antônio do Nascimento Alves, Fábio Fernandes da Silva, Fabrício Oliveira Santos, Franke Robson Porflrio dos Santos, James Ximendes da Silva, Marcelo Mota, Ricardo Laurindo Costa, Ricardo Pereira dos Santos e Odemir Francisco dos Santos, no tocante à valoração de única condenação transitada em julgada somente na segunda etapa da dosimetria, porquanto, de acordo com o escólio de José Antonio Paganella Boschi (Das penas e seus critérios de aplicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 244, grifei), as agravantes e atenuantes caracterizam-se como circunstâncias legais, genéricas, taxativas e obrigatórias.

Por outro lado, descabe valorar na primeira etapa da dosimetria, ainda que por ocasião do exame da vetorial personalidade, a existência de procedimentos criminais em andamento versando sobre contravenções ou crimes de menor potencial ofensivo, ou quando as certidões acostadas aos autos não trouxerem dados concretos para justificar um juízo de censurabilidade mais exacerbado, bem como mencionarem tão somente condutas ilícitas vinculadas ao fatos delineados nos autos.

Pois bem. Estabelecidos os critérios a serem adotados na dosimetria das penas do crime de furto qualificado tentado, passo a reavaliar, inicialmente, as sanções de cada um dos acusados condenados somente por este delito. (fls. 8.048-8.055, destaquei).

Verifico que, em relação à vetorial **motivos do crime**, o acórdão hostilizado considerou desfavorável a intenção do recorrente em tentar subtrair vultosa quantia – 20 milhões de reais –, "ultrapassando, pois, os valores comumente furtados/roubados de agências bancárias" (fl. 8.052). Contudo, o fim criminoso de tentar subtrair valores, mesmo que vultosos, é inerente ao tipo penal imputado ao recorrente, como sustenta a defesa, razão pela qual a exasperação da pena-base a esse título deve ser decotada.

Quanto às **circunstâncias do crime**, não verifico a violação do art. 59 do CP. Com efeito, o Tribunal de origem pontuou elementos acidentais e não integrantes do tipo que permitem a elevação da pena-base, tais como a complexa logística da tentativa de furto, o emprego de significativos recursos (inclusive a aquisição do imóvel onde era escavado o túnel), o envolvimento de mais de 30 pessoas, o recrutamento de diversos foragidos do sistema prisional e/ou indivíduos com extensa ficha criminal.

Para Cleber Masson, essa circunstância judicial é evidenciada

por "dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, mas que não integram sua estrutura, tais como o modo de execução do crime, os instrumentos empregados em sua prática, as condições de tempo e local em que ocorreu o ilícito penal, o relacionamento entre o agente e o ofendido etc." (MASSON, Cleber. *Direito Penal*. Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Ed. Método, 2013, p. 661)

No que se refere às **consequências do crime**, também não constato a violação apontada. Foram destacados no acórdão os "danos causados pelos réus durante a construção do túnel no subsolo de uma das principais ruas do centro da capital gaúcha, demandando, inclusive, o dispêndio de recursos públicos da municipalidade para reparar a via pública [...]", mediante colocação de 80 toneladas de concreto para reparar o solo urbano (fl. 8.053), evento danoso que, à toda evidência, ultrapassou o básico do tipo.

Por fim, a **personalidade** do recorrente foi sopesada de forma desfavorável, pois "possui 1 (um) inquérito além daquele que foi arquivado (fl. 3252) e 6 (seis) ações penais em andamento, excluía aquela que tramita em Fortaleza pelo furto ao BC-CE" (fl. 8.126). Contudo, "Inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar os maus antecedentes ou a personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade. Súmula n. 444 do STJ" (HC n. 275.663/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 2/3/2015).

Reconheço, pelas razões expostas, que houve violação do art. 59 do CP, apenas em relação às vetoriais **personalidade e motivos do crime**. Remanescem desfavoráveis a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime.

Como ficou assentado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que **cada vetorial negativa exasperaria a pena em nove meses, redimensiono a pena-base do recorrente para 4 anos e 3 meses de reclusão**. Na segunda etapa, nos mesmos moldes aplicados pela instância antecedente, diminuo a pena em 8 meses pela confissão e a aumento em 11 meses em decorrência da liderança, fixando-a em 4 anos e 6 meses de reclusão. Finalmente, cabe reduzir a pena em 1/3 por força da tentativa, **tornando-a definitiva em 3 anos de reclusão. De modo a guardar simetria com a pena privativa de liberdade, redimensiono a pena de multa para 60 dias-multa**.

e) violação do art. 62, I, do CP, ao argumento de que a

agravante "aplicada para agravar o crime de lavagem de dinheiro, não deve ser suportada pelo recorrente, visto constituir elementar do crime de lavagem de dinheiro, que tem como crime antecedente organização criminosa, vindo a caracterizar o caso de *bis in idem*".

No ponto, a insurgência está prejudicada, pois afastada a condenação pelo crime de lavagem de dinheiro.

f) compensação da atenuante da confissão com a agravante da liderança, prevista no art. 62, I, do CP.

A irresignação não comporta conhecimento, pois o recorrente deixou de apontar o dispositivo federal eventualmente violado e a matéria nem sequer guarda correlação lógica com o art. 62, I, do CP. A deficiência recursal atrai, por analogia, o óbice da Súmula n. 284 do STF.

À vista do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta extensão, **dou parcial provimento à insurgência**, para: a) afastar a condenação do recorrente pelo crime do art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998 e b) redimensionar a pena pelo crime do art. 155, § 4º, II e IV, do CP para 3 anos de reclusão e 60 dias-multa. Estendo o afastamento da condenação pelo crime do art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998 aos outros acusados em idêntica situação fática e processual – RAIMUNDO DE SOUZA PEREIRA, LUCIVALDO LAURINDO, JAMES XIMENDES DA SILVA e DJALMA LIRA DE JESUS –, com fulcro no art. 580 do CPP.

2. RODENILSON LEITE ALVES (fls. 8.988-9.017); CLÁUDIO ROBERTO FERREIRA (fls. 9.019-9.049 e fls. 9.559-9.588); REGINALDO AMARO BRASIL (fls. 9.050-9.079); RICARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA; VI. RICARDO LAURINDO COSTA (fls. 9.149-9.175); JOSÉ RONALDO MARTINS (fls. 9.214-9.240); AMARILDO DIAS ROCHA (fls. 9.279-9.305) e MARIA CÉLIA PEREIRA MOREIRA (fls. 9.348-9.374).

Fundados no art. 105, III, "a" e "c", da CF, os recorrentes apontam contrariedade ao art. 14, II, do CP e negativa de vigência dos arts. 17, 33, § 2º, "c", e 44, todos do CP, além de interpretação divergente da matéria. Para tanto, sustentam:

a) tese de negativa de vigência do art. 17 do Código Penal, pois a prática do furto era impossível, ante a vigilância policial. Será apreciada de forma conjunta, para todos os recorrentes, pois as razões

recursais são comuns a todos eles.

Conforme já pontuado, não houve prévio debate sobre a tese jurídica e nem sequer foram opostos embargos de declaração para ventilar a matéria. Com efeito, a instância antecedente somente se manifestou sobre a tese de crime impossível ante a precariedade do túnel e a falta de energia elétrica (fls. 7.981 e 8.024), sem examinar a impossibilidade de consumação do crime em decorrência da vigilância da polícia, argumento que consiste em inovação em recurso especial.

Aplicável, pois, o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do STF, pois o requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo Tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados, o que não ocorreu na hipótese.

No julgamento do HC n. 234.872/RS, de minha relatoria, impetrado em favor de corréu na mesma ação penal originária, a Sexta Turma reconheceu que a tese jurídica não foi analisada pela Corte de origem. Ademais, pontuou que a vigilância do praticante do furto não rende ensejo, por si só, ao automático reconhecimento da existência de crime impossível, *in verbis*:

[...]

5. A alegação de crime impossível em decorrência do monitoramento da polícia não foi objeto de análise pela Corte de origem, pois o acórdão impugnado analisou somente a existência de crime impossível em virtude de eventual falta de energia ou de explosivos, e não em razão do monitoramento policial.

6. O Superior Tribunal de Justiça entende que "a existência de sistema de monitoramento eletrônico ou a observação dos passos do praticante do furto pelos seguranças da loja não rende ensejo, por si só, ao automático reconhecimento da existência de crime impossível, porquanto, mesmo assim, há possibilidade de o delito ocorrer" (HC 160.795/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 22/08/2013).

[...]

(HC n. 234.872/RS, de minha relatoria, 6ª T., DJe 22/10/2013)

b) contrariedade ao art. 14, II, do CP, ao argumento de que a intenção de furtar, seguida de meros atos preparatórios, não configura a tentativa, pois não chegou a haver início da execução do crime.

O Tribunal de origem assim dirimiui a controvérsia:

Com efeito, a doutrina pátria é uníssona em afirmar que apenas no exame do caso concreto será possível diferenciar os atos preparatórios dos atos de execução que viabilizam a punição na modalidade tentada, prevista no art. 14, inciso II, do Código Penal:

Art. Diz-se o crime:

[...]

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Contudo, não tendo o legislador nacional adotado qualquer critério para aferir tal distinção, cabe recorrer aos critérios delineados pela doutrina, a fim de viabilizar uma aplicação adequada da norma penal, dado que, conforme o escólio de Paulo José da Costa Júnior (Comentários ao Código Penal São Paulo: Saraiva, 2000, p. 49), iniciada a execução, o bem jurídico tutelado pela norma passa a correr perigo. Ademais, não se pode olvidar que tal distinção, consoante o escólio de Miguel Reale Júnior (Parte Geral do Código Penal - Nova Interpretação. São Paulo: RT, 1988, p. 61), perdurará, como decorrência da própria realidade onde se manifesta e se reconhecem estes dois momentos diversos da conduta humana, pois que o direito não pode violentar a realidade empírica, dotada de uma ordem imanente, mesmo porque, para sua possibilidade de realização, deve adaptar-se à natureza das coisas e às relações da vida.

[...]

O exame do arcabouço fático-probatório não deixa dúvidas de que os acusados já **estavam prestes a consumir o furto qualificado contra o Banrisul, uma vez que escavaram um túnel de 70,30 metros entre o prédio da Rua Caldas Júnior e o cofre da instituição bancária, cessando a empreitada, em face da intervenção policial, quando estavam a 12,80 metros do ponto externo deste banco, conforme reiteradas manifestações dos peritos da Polícia Federal.**

Ora, no momento da prisão, os acusados já haviam ultrapassado a fase da cogitação e preparação, pois estavam devidamente instalados na capital gaúcha (no prédio do Centro e no sobrado do Partenon), com uma frota de veículos (caminhonetes) imprescindível à aquisição do material necessário, bem como estavam escavando o túnel havia dois meses, sem energia elétrica, isto é, apenas com a oxigenação através de foles, que bombeavam ar mediante compressão com os pés, e por meio de drenagem manual da água existente naquela galeria subterrânea,

que era permeada pelo lençol freático da região formada a partir do aterro do Lago Guaíba no século passado.

Assim, se considerarmos que os acusados pretendiam furtar a agência através do mesmo *modus operandi* utilizado no território cearense, em que escavaram um túnel a partir de um imóvel situado nas imediações do prédio do BACEN-CE, não há qualquer dúvida de que já estavam em franca e avançada execução da empreitada delitiva, sendo irrelevante que tenham sido presos ao amanhecer ou quando estivessem dormindo, pois o amplo monitoramento da rotina do grupo pelas autoridades policiais demonstrava que eles só trabalhavam durante o dia. Ademais, a perícia efetuada no prédio, logo após as prisões, não deixou dúvidas de que eles trabalhavam e residiam no edifício adquirido no centro de Porto Alegre, exclusivamente, para viabilizar o furto contra o Banrisul, situado no quarteirão próximo. Em outras palavras, considerando que fazia parte da estratégia criminoso morar, dormir e alimentar-se no local de apoio do delito, não fica desnaturada a tentativa em comento devido à momentânea e previsível queda da imediatividade, já que ficou absolutamente demonstrado o inequívoco propósito criminoso do grupo. (fls. 8.020-8.023, destaquei)

Consoante a dicção do art. 14, II, do CP, "Diz-se o crime tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente".

De fato, para a ampliação temporal da figura típica é tormentosa a distinção entre os atos preparatórios – que via de regra não são puníveis – e os atos executórios do crime, devendo o magistrado socorrer-se às correntes teóricas para equacionar a questão, pois, na lição de Zaffaroni, a expressão "'iniciada a execução' é um indicador genérico, que pouco esclarece a realidade concreta" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. 6. ed. ver. atual. e ampl. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 45.)

Ao que parece, a defesa fundamenta sua pretensão na teoria objetivo-formal ou da ação típica, de Beling, ao sustentar que o início da execução somente ocorre quando o agente, efetivamente, realiza uma parcela do verbo constante do tipo, ou, ainda, um ato próximo a ele. *Data venia*, comungo do entendimento de Luiz Regis Prado, para quem "ao considerar-se como executivo tão somente o ato inserido no verbo nuclear ocorre uma excessiva restrição do âmbito da tentativa, inadmissível do ponto de vista

político-criminal" (PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 379).

Penso que, em verdade, a delimitação da questão exige uma conjugação de critérios que deve ter como ponto de partida a teoria aventada no recurso especial, mas associada a outros parâmetros materiais e subjetivos, que, consoante o tirocínio do magistrado, torne possível definir se, no caso concreto, foram exteriorizadas condutas que evidenciam perigo real ao bem jurídico tutelado.

Nessa ordem de ideias, ressalto a fórmula do doutrinador alemão Hans Frank, que inclui na tentativa as ações que possuam vinculação necessária e próxima ao tipo, segundo uma concepção natural. É dizer, estariam abrangidos como atos executórios aqueles que representam perigo direto para o bem jurídico protegido, consistentes "na elevada probabilidade de produção do resultado, caracterizada em atividade imediatamente anterior à ação do tipo, mas pertencente à ação típica conforme um juízo material" (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora, 2002, p. 307). Cezar Roberto Bitencourt também leciona:

Existem atos tão próximos e quase indissociáveis do início do tipo que merecem ser tipificados, como, por exemplo, alguém que é surpreendido dentro de um apartamento, mesmo antes de ter subtraído qualquer coisa; poderá ser-lhe imputada a tentativa de subtração? Mas ele iniciou a subtração? Por isso, se tem aceitado a **complementação proposta por Frank**, que inclui na tentativa as ações que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem, como parte integrante dela, segundo uma concepção natural, como é o caso do exemplo supra referido. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 364.)

Tal solução é, inclusive, necessária para distinguir-se o começo da execução do crime, descrito no art. 14, II, do CP, e o começo de execução da ação típica. De fato, quando o agente penetra no verbo nuclear está, sem dúvida, executando atos executórios. No entanto, ao praticar comportamentos periféricos que, conforme o plano do autor, uma vez externados, prescindem da execução do verbo típico para, de forma efetiva, evidenciar o risco ao bem jurídico tutelado pela norma penal, também estaria iniciada a execução do crime.

Sob as premissas expostas, concluo que não houve violação do art. 14, II, do CP, pois o arcabouço fático-probatório delimitado no acórdão estadual – os acusados escavaram um túnel de 70,30 metros entre o prédio que adquiriram e o cofre da instituição bancária, cessando a empreitada, em decorrência da prisão em flagrante, quando estavam a 12,80 metros do ponto externo do banco –, evidencia, de forma segura, a prática de atos executórios, máxime porque os recorrentes "já estavam instalados na capital gaúcha [...], com uma frota de veículos [...], estavam escavando o túnel havia dois meses [...]" (fl. 8.022). A toda evidência, os atos externados pelos agentes ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal, inclusive com a execução da qualificadora do furto.

c) possibilidade de fixação do regime aberto de cumprimento da pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o acórdão impôs o regime mais severo sem fundamentação concreta e os condenados atendem os requisitos do art. 44 do CP.

Não houve prévio debate sobre a tese jurídica e nem sequer foram opostos embargos de declaração para ventilar a matéria. Aplicável, pois, o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do STF, pois o requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo Tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados, o que não ocorreu na hipótese.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

3. LUCIVALDO LAURINDO (fls. 9.413-9.446)

O recorrente, com fulcro no art. 105, "a" e "c", da CF, aponta negativa de vigência e interpretação divergente dos artigos que serão ora analisados.

a) art. 1º, caput, VII, da Lei n. 9.613/1998 e art. 1º do CP, no tocante à condenação por lavagem de dinheiro (fl. 9.420), e art. 91, "b", do CP, pois condená-lo por lavagem de dinheiro constituiria punição dupla pelo mesmo fato delituoso, uma vez que a lei penal já prevê a pena de perdimento.

A teor dos fundamentos externados, verifico a violação do art.

1º do CP, pois é incabível a criminalização da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012, época em que não havia no ordenamento pátrio lei que incriminasse a organização criminosa, lacuna que, segundo moderna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Sexta Turma, não pode ser suprida pela Convenção de Palermo.

b) art. 17 do CP (crime impossível) e art. 14, II, do mesmo diploma legal (meros atos preparatórios).

A tese recursal foi analisada, em conjunto, para todos os recorrentes.

c) a redução ante a tentativa jamais poderia ser em 1/3, mas, sim, em 2/3, em razão do *iter criminis* percorrido.

Não verifico a violação do art. 14, II, do CP, pois a redução da pena, em 1/3, em razão da tentativa, ocorreu de forma devidamente fundamentada, tendo em vista o *iter criminis* percorrido pelos agentes, presos em flagrante, quando estavam em avançado estágio do trabalho de escavação, a menos de 16 metros da agência bancária. A iminência da consumação do crime justifica, a teor do dispositivo federal, o percentual mínimo de redução da pena.

Ilustrativamente: "A diminuição da pena pela tentativa deve considerar o *iter criminis* percorrido pelo agente para a consumação do delito. Desta forma, tendo o agente se aproximado da consumação do delito, mostra-se correto o percentual mínimo de redução aplicado na hipótese" (HC n. 305.263/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 3/3/2015).

Dessarte: "O pleito de modificar o entendimento sobre a maior ou menor proximidade da consumação do crime, adotado pela instância ordinária, necessariamente, ensejaria exame detalhado do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado na via restrita dos apelos excepcionais, ante o óbice do enunciado nº 07 da Súmula deste Tribunal Superior" (AgRg no AREsp n. 501.775/PE, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 11/2/2015).

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para reconhecer a atipicidade da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012.

4. FABRÍSIO OLIVEIRA SANTOS (fls. 9.462-9.496)

Fundado no art. 105, "a" e "c", da CF, o recorrente aponta negativa de vigência e interpretação divergente dos artigos abaixo especificados.

a) arts. 1º, *caput*, VII, da Lei n. 9.613/1998; 1º e 91, "b", do CP.

O afastamento da condenação pelo crime de lavagem de dinheiro, ante a deficiência de conceituação, à época, de organização criminosa, não suprida pela Convenção de Palermo, já foi acolhido no corpo do acórdão.

b) art. 17, do CP, diante da ocorrência de crime impossível, e art. 14, II, do mesmo diploma legal, perante a ocorrência de meros atos preparatórios, impuníveis.

A tese recursal foi analisada, em conjunto, para todos os recorrentes.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para reconhecer a atipicidade da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012.

5. RICARDO PEREIRA DOS SANTOS (fls. 9.512-9.539)

O recorrente alega que:

a) contrariedade ao art. 17 do CP, ante a ocorrência de crime impossível e b) violação do art. 14, II, do CP, pois a prática de meros atos preparatórios não configura a tentativa.

As teses foram analisadas, em conjunto, para todos os recorrentes.

c) violação do art. 33, § 3º, do CP, pois foi fixado o regime prisional mais gravoso, sem fundamentação concreta.

Não houve prévio debate sobre a tese jurídica no acórdão hostilizado (fls. 8.090-8.093) e nem sequer foram opostos embargos de declaração para ventilar a matéria. Aplicável, pois, o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do STF, pois o requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo Tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como

violados, o que não ocorreu na hipótese.

Os pedidos de nulidade das audiências realizadas pelo sistema de videoconferência e de redimensionamento da pena não podem ser analisados, pois não acompanhados das imprescindíveis razões recursais e de apontamento dos dispositivos federais tidos por violados.

III. SÍNTESE DAS PENAS FINAIS DOS RECORRENTES, NÃO PRESCRITAS

1. JEAN RICARDO GALIAN

art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos de reclusão mais 60 dias-multa;

2. RODENILSON LEITE ALVES

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses de reclusão mais 70 dias-multa;

3. CLÁUDIO ROBERTO FERREIRA

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos e 4 meses de reclusão mais 95 dias-multa;

4. REGINALDO AMARO BRASIL

art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses de reclusão mais 70 dias-multa;

5. RICARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA

art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos e 4 meses de reclusão mais 120 dias-multa.

6. RICARDO LAURINDO COSTA

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 3 anos e 4 meses de reclusão mais 120 dias-multa.

7. JOSÉ RONALDO MARTINS

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses de reclusão mais 70 dias-multa.

8. AMARILDO DIAS ROCHA

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais multa de 60 dias.

9. MARIA CÉLIA PEREIRA MOREIRA

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses de reclusão mais 70 dias-multa.

10. LUCIVALDO LAURINDO

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 5 anos e 2 meses de reclusão e 200 dias-multa.

11. FABRÍSIO OLIVEIRA SANTOS

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 2 anos e 10 meses de reclusão e 120 dias-multa.

b) art. 288, c/c a Lei n. 9.034/95 e Decreto 5.015/2004 – pena de 1

ano e 9 meses de reclusão.

12. RICARDO PEREIRA DOS SANTOS

a) art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, por duas vezes – pena de 5 anos de reclusão mais 180 dias-multa.

IV. CONCLUSÃO DO JULGADO

À vista do exposto, nego provimento ao **recurso especial do Ministério Público** e, em relação aos **recursos especiais defensivos**:

a) Recurso especial de Jean Ricardo Galian – conheço parcialmente do reclamo e, nesta parte, dou-lhe parcial provimento para reconhecer a atipicidade da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012, e redimensionar a reprimenda do crime de furto tentado qualificado para 3 anos de reclusão e 60 dias-multa. Estendo os efeitos do *decisum*, a teor do art. 580 do CPP, aos corréus RAIMUNDO DE SOUZA PEREIRA, JAMES XIMENDES DA SILVA, FABRÍSIO OLIVEIRA SANTOS e DJALMA LIRA DE JESUS, com fulcro no art. 580 do CPP;

b) Recursos especiais de Fabrício Oliveira Santos e Lucivaldo Laurindo – conheço parcialmente dos reclusos e, nesta parte, dou-lhes parcial provimento, somente para reconhecer a atipicidade da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012;

c) Recursos especiais de Rodenilson Leite Alves, Cláudio Roberto Ferreira, Reginaldo Amaro Brasil, Ricardo Rodrigues de Oliveira, Ricardo Laurindo Costa, José Ronaldo Martins, Amarildo Dias Rocha, Maria Célia Pereira Moreira e Ricardo Pereira dos Santos – conheço parcialmente dos recursos e, nessa extensão, nego-lhes provimento.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2011/0107213-8

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.252.770 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200671000326842

PAUTA: 24/03/2015

JULGADO: 24/03/2015
SEGREGADO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRENTE : JEAN RICARDO GALIAN (PRESO)
ADVOGADO : RITA DE CÁSSIA LEVI MACHADO E OUTRO(S)
RECORRENTE : RODENILSON LEITE ALVES (PRESO)
RECORRENTE : CLÁUDIO ROBERTO FERREIRA (PRESO)
RECORRENTE : REGINALDO AMARO BRASIL (PRESO)
RECORRENTE : RICARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA (PRESO)
RECORRENTE : RICARDO LAURINDO COSTA (PRESO)
RECORRENTE : JOSÉ RONALDO MARTINS (PRESO)
RECORRENTE : AMARILDO DIAS ROCHA (PRESO)
RECORRENTE : MARIA CÉLIA PEREIRA MOREIRA (PRESO)
RECORRENTE : LUCIVALDO LAURINDO (PRESO)
RECORRENTE : FABRÍSIO OLIVEIRA SANTOS (PRESO)
RECORRENTE : RICARDO PEREIRA DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : ISAAC MINICHILLO DE ARAÚJO E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS
CORRÉU : ALBERTO MENDRONE MENDES NOGUEIRA
CORRÉU : ALEXANDRE ANTUNES
CORRÉU : CARLOS ANTÔNIO DA SILVA,
CORRÉU : RAIMUNDO DE SOUSA PEREIRA
CORRÉU : MARCELO MOTA
CORRÉU : LUIS JOSÉ MENDES NOGUEIRA
CORRÉU : ABMAEL NUNES DO NASCIMENTO
CORRÉU : ANTONIO NASCIMENTO ALVES
CORRÉU : ALEXSANDRO DOS SANTOS E SILVA
CORRÉU : DJALMA LIRA DE JESUS
CORRÉU : FÁBIO FERNANDES DA SILVA
CORRÉU : FRANKE ROBSON PORFÍRIO DOS SANTOS
CORRÉU : JAMES XIMENDES DA SILVA
CORRÉU : JOÃO JAIME DA SILVA
CORRÉU : JOSÉ ADINALDO MOURA

Superior Tribunal de Justiça

CORRÉU : JOSÉ DENILSON RIBEIRO
CORRÉU : KLÉBER LÚCIO GONÇALVES
CORRÉU : LEANDRO DA SILVA,
CORRÉU : MÁRCIO RAFAEL PIERRE
CORRÉU : ODEMIR FRANCISCO DOS SANTOS
CORRÉU : SÉRGIO FERREIRA
CORRÉU : TIAGO RODRIGUES MARTINS DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial do Ministério Público. Quanto ao recurso especial de Jean Ricardo Galian, conheceu parcialmente e, nessa parte, deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do eminente Sr. Ministro Relator. Decisão que reconheceu a atipicidade do crime do art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, estendida, a teor do art. 580 do Código de Processo Penal, aos corréus Raimundo de Sousa Pereira, James Ximendes da Silva, Fabrísio de Oliveira Santos e Djalma Lira de Jesus. Ao recurso especial de Fabrísio de Oliveira Santos e Lucivaldo Laurindo conheceu parcialmente e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Sr. Ministro Relator. Aos recursos especiais de Rodenilson Leite Alves, Cláudio Roberto Ferreira, Reginaldo Amaro Brasil, Ricardo Rodrigues de Oliveira, Ricardo Laurindo Costa, José Ronaldo Martins, Amarildo Dias Rocha, Maria Célia Pereira Moreira e Ricardo Pereira dos Santos, conheceu parcialmente e, nessa extensão, negou-lhes provimento.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 121.699 - AM (2012/0060208-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
SUSCITANTE : **JUÍZO DE DIREITO DA 1A VARA DO TRIBUNAL DO JURI DE MANAUS - AM**
SUSCITADO : **JUÍZO FEDERAL DA 4A VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO AMAZONAS**
INTERES. : **JUSTIÇA PÚBLICA**
INTERES. : **EM APURAÇÃO**

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA EM INQUÉRITO POLICIAL. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO SUPOSTAMENTE MOTIVADO POR ROUBO DE ENTORPECENTES EFETUADO POR UMA DAS VÍTIMAS EM PREJUÍZO DE QUADRILHA INTERNACIONAL DE TRAFICANTES DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE CONEXÃO PROBATÓRIA OU TELEOLÓGICA COM O TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA APURAR O CRIME PREVISTO NO ART. 121, § 2º, I, III E IV, DO CP.

1. Como os atos preparatórios não são puníveis no Direito Penal brasileiro, *ex vi* do art. 14, II, do CP, é irrelevante para a identificação do Juízo competente para conduzir o inquérito policial que a ordem para o cometimento do homicídio tenha partido de mandante localizado em país estrangeiro.

2. Não se evidencia conexão entre os crimes de duplo homicídio qualificado e tráfico internacional de entorpecentes unicamente pelo fato de que o primeiro deles teria tido por motivação o roubo de entorpecentes, supostamente perpetrado por uma das vítimas em prejuízo de quadrilha de traficantes colombiana que age também no Brasil.

3. A conexão que justifica a modificação da competência demanda avaliação, caso a caso, da necessidade de julgamento conjunto dos delitos para melhor esclarecimento dos fatos ou para prevenir decisões judiciais conflitantes.

4. No caso concreto, não se evidenciaram as hipóteses do art. 76 do CPP. Os crimes foram praticados de forma autônoma, sem que um tivesse repercutido sobre o outro. Assim sendo, a investigação de um delito não contribuirá para a obtenção de provas em relação ao outro. Além disso, não há possibilidade de prolação de decisões conflitantes, caso os crimes sejam julgados em separado, assim como não há interesse da União em que o

Superior Tribunal de Justiça

homicídio seja julgado na Justiça Federal, já que o crime contra a vida não envolve o exercício de função federal. Precedente da Terceira Seção: CC 114.561/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 20/08/2013.

5. Conflito conhecido, para declarar competente para a condução do inquérito policial e posterior julgamento da ação penal o Juízo Suscitante da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Manaus/AM.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitante, Juízo de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Manaus/AM, para a condução do inquérito policial e posterior julgamento da ação penal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 24 de junho de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 121.699 - AM (2012/0060208-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
SUSCITANTE : JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DO TRIBUNAL DO JURI DE MANAUS - AM
SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO AMAZONAS
INTERES. : JUSTIÇA PÚBLICA
INTERES. : EM APURAÇÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DO TRIBUNAL DO JURI DE MANAUS - AM (e-STJ fls. 346/347) em face de decisão do JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO AMAZONAS (e-STJ fls. 126/135) que, de ofício, reputou-se incompetente para a condução de Inquérito Policial (n. 2009.32.00.008980-5, numeração da Justiça Federal, ou 234027-54.2011.8.04.0001, numeração da Justiça estadual) instaurado pela Superintendência de Polícia Federal com a finalidade de apurar a mecânica, circunstâncias, autoria e materialidade de condutas que resultaram nas mortes de Mário Jorge Viana da Silva e de José Alberto Rodrigues Fernandes, no dia 5/10/2009, em Manaus/AM. Tais condutas foram tipificadas como homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, III e IV, do CP).

Para o Juízo suscitado (da 4ª Vara da SJ/AM), apesar de o procedimento investigatório ter sido instaurado no bojo de investigação de tráfico internacional de entorpecentes, o crime ora em análise não corresponderia às hipóteses descritas no art. 109 da CF/88. Isso porque as execuções teriam sido planejadas em território colombiano e perpetradas por estrangeiros integrantes de uma organização criminosa, em razão de vingança pessoal de alguns deles praticada contra desafetos, do que se concluiria que “a ação dos agentes não foi voltada para a prática de qualquer crime de competência da Justiça Federal, nem tampouco para ocultar o tráfico internacional ou assegurar sua impunidade, sua execução ou obter vantagem em tal prática” (e-STJ fl. 130).

Superior Tribunal de Justiça

Assim sendo, não haveria sequer conexão, fosse intersubjetiva, teleológica ou probatória, entre o tráfico internacional de entorpecentes e o homicídio, a justificar a aplicação da súmula 122/STJ (Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, "a", do Código de Processo Penal).

Por sua vez, o Juízo suscitante (da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Manaus), valendo-se da teoria objetivo-individual de Zaffaroni, segundo a qual o início da execução abrangeria, também, atos imediatamente anteriores ao início da ação típica, defende que, por ter sido o homicídio arquitetado e encomendado na Colômbia, pelo traficante responsável pelo envio de droga ao Brasil, o delito atenderia ao disposto no art. 109, V, da CF/88.

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou (e-STJ fls. 355/360) pela competência da Justiça Federal, ao fundamento de que a conduta investigada (mandar matar um desafeto, integrante de uma facção criminosa, em razão de suspeita de estar sendo enganado por ele quanto aos valores recebidos pela droga comercializada) tem ligação com a dinâmica do crime internacional.

Ponderou, ainda, que “A discussão de conexão entre os crimes de homicídio e o tráfico internacional de entorpecentes somente poderá ser finalizada com o aprofundamento e conclusão da instrução processual, relacionada ao procedimento de investigação em trâmite na 4ª Vara Federal do Estado do Amazonas, uma vez que ambos os delitos alcançam integrantes da mesma facção. Portanto, ao menos por hora, se mostra prudente que a apuração dos homicídios relacionados a este conflito de competência seja também realizada pelo Juízo Federal, ora suscitado.” (e-STJ fl. 360).

É o relatório.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 121.699 - AM (2012/0060208-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O conflito merece ser conhecido, uma vez que os Juízos que suscitam a incompetência estão vinculados a Tribunais diversos, sujeitando-se, portanto, à jurisdição desta Corte, a teor do disposto no art. 105, inciso I, alínea "d", da Constituição Federal.

No mérito, tenho que assiste razão ao Juízo suscitado (da 4ª Vara da SJ/AM).

Primeiramente porque, como bem observou o órgão do Ministério Público Federal que atua perante esta Corte, os atos preparatórios não são puníveis no Direito Penal brasileiro, *ex vi* do art. 14, II, do CP. Assim sendo, pouco importaria, para a determinação do Juízo competente para conduzir o inquérito policial, no caso concreto, que a ordem para o cometimento do homicídio tenha partido de mandante localizado em país estrangeiro.

Bastante percuciente a análise do tema feita pelo i. Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Fonseca, como se vê dos seguintes trechos de seu parecer que me permito transcrever:

*A teoria de Zafaroni (objetivo-material ou objetivo-individual) adotada pelo Juízo suscitante parece de aplicação discutível na medida em que, no Brasil, aplica-se a chamada teoria objetivo-formal ou lógico-formal, segundo a qual "ato executório é aquele em que se inicia a realização do verbo contido na conduta criminosa. Exige tenha o autor concretizado efetivamente um parte da conduta típica, penetrando no núcleo do tipo."*³

Desse modo, a intenção de cometer o crime ou o comando para que terceiro o faça não compõe a chamada execução criminosa, ficando restrito à fase interna do iter criminis, representada pela cogitação ou preparação da conduta. Portanto, deve ser afastada a tese de que o "comando para matar" constitui ato passível de punição pelo Direito Penal Brasileiro.

Em relação ao lugar do crime (territorialidade), o Código Penal

Superior Tribunal de Justiça

brasileiro adota como regra geral a teoria mista ou da ubiquidade (art. 6º. Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.). No trato de crime doloso contra a vida, a jurisprudência aplica a teoria da atividade (lugar em que foi praticada a conduta comissiva ou omissiva) tendo em vista a facilidade na apuração da verdade real. Precedente: HC 95.853/RJ, Rei. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 04/10/2012. (e-STJ fls. 358/359)

Em sendo assim, e já que os homicídios, por si sós, não atraem a competência da Justiça Federal, a dúvida a respeito da competência para a condução do inquérito adviria apenas da verificação sobre a existência, ou não, de fator ou contexto fático relevante a ponto de determinar o julgamento conjunto dos delitos investigados (homicídios e tráfico internacional de entorpecentes), em virtude de conexão que revele causa modificadora da competência.

Lembro que as causas modificadoras da competência – conexão e continência – apresentam-se com o objetivo de melhor esclarecer os fatos, auxiliando o juiz a formar seu livre convencimento motivado. Dessarte, só se justifica a alteração da competência originária quando devidamente demonstrada a possibilidade de alcançar os benefícios visados pelos referidos institutos.

Esclarecedora sobre o tema é a lição de Aury Lopes Júnior:

*Todas as regras anteriormente explicitadas podem ser profundamente alteradas ou mesmo negadas quando estivermos diante de conexão ou continência, verdadeiras causas modificadoras da competência e que tem como fundamento a necessidade de reunir os diversos delitos conexos ou os diferentes agentes num mesmo processo, para julgamento simultâneo. Na conexão, o interesse é evidentemente probatório, pois o vínculo estabelecido entre os delitos decorre da sua estreita ligação. Já na continência, o que se pretende é, diante de um mesmo fato praticado por duas ou mais pessoas, manter uma coerência na decisão, evitando o tratamento diferenciado que poderia ocorrer caso o processo fosse desmembrado e os agentes julgados em separado. (LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. I, p. 412)*

Nesse contexto, entendo que, para averiguar a existência ou não de

Superior Tribunal de Justiça

conexão entre os fatos narrados, mostra-se imprescindível avaliar se o julgamento conjunto é efetivamente necessário e benéfico. Portanto, o exame acerca da existência de conexão deve se dar de forma casuística e finalística, reforçando, assim, seu próprio conceito.

Ora, o Código Processual Penal define as regras da conexão em seu art. 76, que assim dispõe:

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Referido artigo descreve:

a) em seu inciso I, a conexão intersubjetiva por simultaneidade (dos fatos e da atuação dos autores), por concurso (liame subjetivo que liga os diversos autores ao praticarem infrações penais em tempo e lugar diferentes) ou por reciprocidade;

b) em seu inciso II, a conexão objetiva, também chamada pela doutrina de consequencial, lógica ou teleológica (nela, embora não haja prévio conluio dos agentes, o resultado de uma infração termina por facilitar ou ocultar outra, ou mesmo por garantir a impunidade de outra ou uma vantagem – pressupõe, como no inciso I, a existência de várias pessoas cometendo delitos); e

c) em seu inciso III, a conexão instrumental (processual), na qual os feitos são reunidos quando a prova de uma infração serve, de algum modo, para provar outra, ou até mesmo quando as circunstâncias elementares de uma infração terminarem contribuindo para a prova de outra.

Superior Tribunal de Justiça

Vejamos, então, se há conexão entre os homicídios e o tráfico internacional de entorpecentes.

Os depoimentos e evidências colhidos até o momento pela autoridade policial sinalizam que a motivação dos homicídios seria “o furto ou roubo de entorpecentes supostamente perpetrado pela vítima MÁRIO em prejuízo do grupo colombiano” (e-STJ fl. 113). Já quanto à vítima JOSÉ ALBERTO RODRIGUES FERNANDES, em informação vista às e-STJ fls. 7/26, o Delegado Chefe da Delegacia de Repressão de Entorpecentes/AM afirma que “provavelmente seria segurança de MÁRIO em suas atividades de narcotráfico” e “teria sido abatido possivelmente apenas por estar em companhia de MÁRIO JORGE naquela data” (e-STJ fl. 25).

As seguintes evidências corroboram tais conclusões:

No depoimento de JUCIMARA CAMPELO DE PAULA (e-STJ fls. 34/41), consta que DORA (Dora Lília Uchoa Coelho, colombiana que se apresenta sob a falsa identidade brasileira de Ana Marques Coelho) teria descoberto o envolvimento de MÁRIO na interceptação e roubo de 51 Kg de drogas enviadas pelo braço colombiano da quadrilha através do rio Purus (afluente do rio Solimões), teria comunicado tal envolvimento ao chefe da quadrilha, residente em Letícia, na Colômbia, e teria participado do assassinato de MÁRIO e de JOSÉ ALBERTO (codinome CEARÁ) juntamente com 3 colombianos, o marido de MARA e 2 assassinos profissionais enviados ao Brasil pelo líder da quadrilha, com a finalidade específica de por fim à vida de MÁRIO

Além disso, trechos de interceptações telefônicas (e-STJ fls. 291/317) entre o chefe da quadrilha (JACKSON) e DORA levam a crer que MÁRIO teria sido assassinado por não ter pago à quadrilha o valor cobrado por entorpecentes.

Muito embora a aparente motivação do duplo homicídio em exame guarde nítida conexão material com o tráfico de entorpecentes, já que teve origem em desavenças entre traficantes em relação ao pagamento de drogas, o fato é que não

Superior Tribunal de Justiça

parece haver motivo a justificar o prosseguimento da investigação conjunta dos delitos. A uma, porque a investigação de um delito não contribuirá para a obtenção de provas em relação ao outro, podendo as provas até então coletadas ser facilmente compartilhadas entre Juízos diversos. A duas, porque não há possibilidade de prolação de decisões conflitantes, caso os crimes sejam julgados em separado. E, a três, porque não há interesse da União em que o homicídio seja julgado na Justiça Federal, já que o crime contra a vida não envolve o exercício de função federal.

Assim sendo, entendo que a situação retratada no caso concreto não determina o julgamento simultâneo das condutas delitivas, por se tratarem de fatos independentes e com características próprias.

Não ficou demonstrado que os crimes foram praticados com a finalidade de facilitar ou ocultar outros delitos, tampouco para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer deles, não se configurando a hipótese do inciso II do art. 76 do Código de Processo Penal. Da mesma forma, não se observa a conexão probatória prevista no inciso III da referida norma, haja vista os crimes terem sido praticados de forma autônoma, sem que tivessem repercutido um sobre o outro.

Tenho, portanto, que não ficaram configuradas as hipóteses do art. 76 do Código de Processo Penal. De fato, "caracteriza-se a conexão quando duas ou mais infrações estiverem interligadas por relação fática que aconselhe a reunião dos feitos" (CC n. 121.199/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES – Desembargador Convocado do TJ/PR –, DJe 21/3/2013).

Inaplicável, assim, no caso concreto, o enunciado n. 122 da Súmula desta Corte, segundo o qual “Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, "a", do Código de Processo Penal.”

A propósito:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TRABALHO
ESCRAVO E/OU TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS.

Superior Tribunal de Justiça

HOMICÍDIO CULPOSO. AUSÊNCIA DE CONEXÃO.
DESMEMBRAMENTO DO FEITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA
ESTADUAL PARA APURAR O CRIME PREVISTO NO ART. 121,
§ 3º, DO CÓDIGO PENAL.

1. Não evidenciada a conexão entre os crimes de trabalho escravo e/ou tráfico internacional de pessoas e o de homicídio culposo, muito embora tenham sido descobertos na mesma circunstância temporal, mostra-se correta a decisão do Juízo Federal que determinou o desmembramento do feito para que cada Juízo processe e julgue o crime de sua respectiva competência.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais de São Paulo/SP - DIPO IV, o suscitado, no tocante ao crime de homicídio culposo.

(CC 114.561/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 20/08/2013)

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar competente para a condução do inquérito policial e posterior julgamento da ação penal o Juízo Suscitante da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Manaus/AM.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2012/0060208-1

PROCESSO ELETRÔNICO

CC 121.699 / AM
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200932000089805 20120006360 2340275420118040001

EM MESA

JULGADO: 24/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ZÉLIA OLIVEIRA GOMES**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

AUTUAÇÃO

SUSCITANTE : JUÍZO DE DIREITO DA 1A VARA DO TRIBUNAL DO JURI DE MANAUS - AM

SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 4A VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO AMAZONAS

INTERES. : JUSTIÇA PÚBLICA

INTERES. : EM APURAÇÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitante, Juízo de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Manaus/AM, para a condução do inquérito policial e posterior julgamento da ação penal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.